COMPLETO PARA CONCURSOS

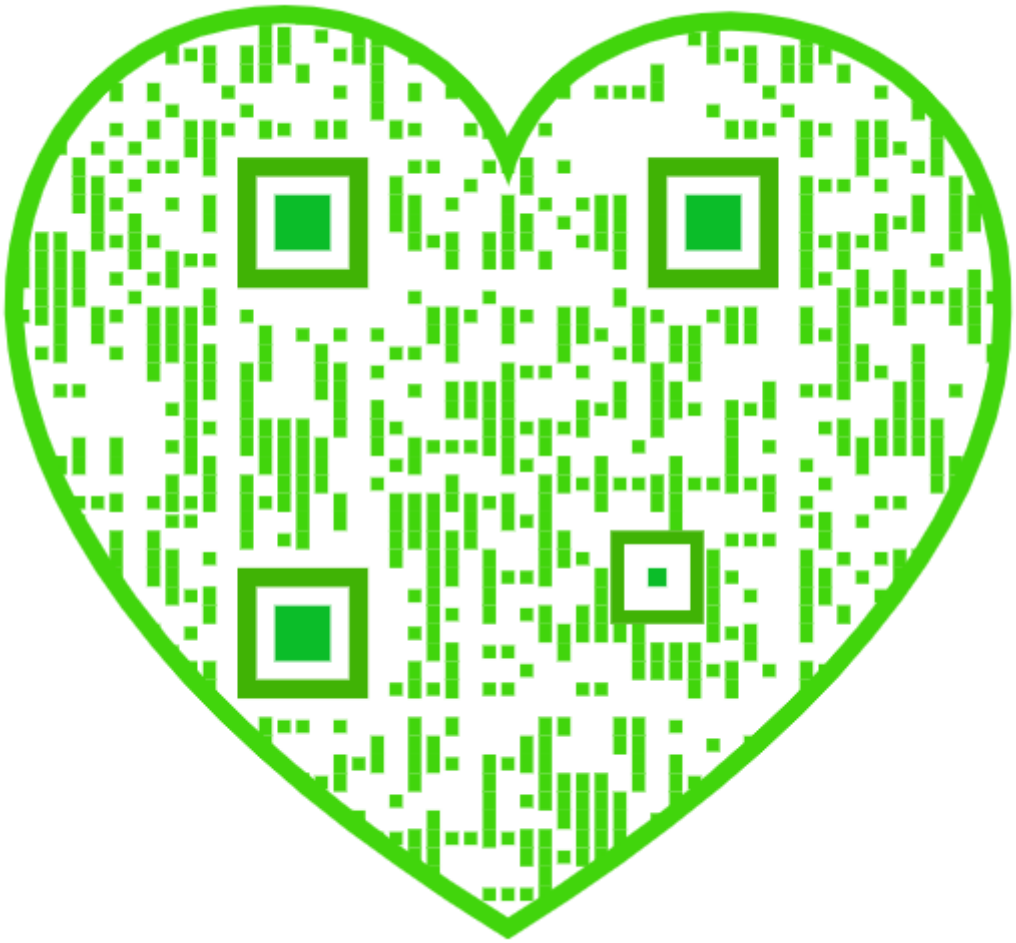
MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

ALEXANDRE MAZZA

SUCESSO DE VENDAS

2ª edição

Editora Saraiva



MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

ALEXANDRE MAZZA

2ª edição

2012

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

124.364.002.001 | 237632

ISBN 978-85-02-14896-3

Mazza, Alexandre
Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. 2. ed.
São Paulo: Saraiva, 2012.
Bibliografia.
1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil
I. Título

CDU-35

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito administrativo 35

Diretor editorial *Luiz Roberto Curia*
Gerente de produção editorial *Lígia Alves*
Editor *Jônatas Junqueira de Mello*
Assistente editorial *Sirlene Miranda de Sales*
Produtora editorial *Clarissa Boraschi Maria*
Arte, diagramação e revisão *Know-how Editorial*
Serviços editoriais *Elaine Cristina da Silva*
Kelli Priscila Pinto
Capa *Orlando Facioli Design*
Produção gráfica *Marli Rampim*

Data de fechamento da edição: 7-11-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

À minha filha Dudinha,
razão da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que me deu força para trabalhar nas madrugadas e concluir mais uma árdua tarefa. Muitas pessoas foram indispensáveis para a elaboração deste livro e a todas devo meus sinceros agradecimentos. À Tatiana, minha querida esposa, pelo amor, paciência e incentivo que não faltaram um minuto sequer. À minha mãe, Isabel, que revisou detalhadamente cada capítulo e muito me ajudou na pesquisa de temas cruciais. À Dudinha, minha superfilha, que viu o "pápis" ser roubado das brincadeiras e cantorias durante os meses de trabalho. Ao meu assistente na Rede de Ensino LFG, professor Rafael Bernardo, que me ajudou de modo competente na pesquisa. Ao meu editor Jônatas e a todos os competentes funcionários da Saraiva e da Know-how, por acreditarem em meu trabalho. E principalmente aos meus alunos, que cobraram com muito carinho a conclusão breve do meu livro, em especial aos amigos do www.sitedomazza.com.br, aos meus seguidores do Twitter (@professormazza) e aos dedicados membros da @mafiadomazza ("Fé e Mé"!), na pessoa de sua presidente, a querida Fernanda Daubian.

Sem cada um de vocês este livro não se realizaria.

Muito obrigado!

Alexandre Mazza

NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

A aceitação do meu *Manual de direito administrativo* entre os alunos, professores e profissionais da área jurídica foi emocionante. Pude presenciar sua imediata utilização tanto por candidatos ao Exame de Ordem quanto por aqueles que se preparam para os mais exigentes concursos públicos brasileiros. Surpreendente também a quantidade de Faculdades de Direito que passaram a adotar o Manual como livro de formação indicado aos alunos de graduação.

A todos que ajudaram na primeira divulgação do livro, meus sinceros agradecimentos.

Na segunda edição, além de corrigidos alguns erros de digitação, foram feitas muitas melhorias e ampliações. De início, o leitor notará a inserção de um capítulo sobre "Responsabilidade Fiscal", incluído por solicitação dos candidatos inscritos no 88º Concurso do Ministério Público do Estado de São Paulo/2011, cujo edital cobrou a Lei Complementar n. 101/2000 dentro da programação de Direito Administrativo.

Acrescentei mais de mil informações, entre atualizações legislativas e jurisprudenciais, recentes questões de concursos, novos tópicos, assuntos atuais, tendências da legislação, orientações normativas de órgãos federais e novidades doutrinárias.

Tudo isso com a colaboração dos leitores, alunos e seguidores no Twitter (@professormazza). Quero continuar cumprindo o objetivo de fazer deste Manual o primeiro "wikilivro" jurídico do país, uma obra aberta e colaborativa, cujo conteúdo é permanentemente adaptado segundo as expectativas e necessidades dos leitores. Isso porque, meu querido e minha querida, este livro é seu!

A profundidade com que os temas são abordados permite a utilização do livro por alunos que estão cursando especialização na área; portanto, a segunda edição foi pensada também para atender a esses alunos, especialmente agora que coordeno a pós-graduação telepresencial em Direito Administrativo na Rede de Ensino LFG.

Peço que continuem mandando sugestões e críticas para aperfeiçoamento do nosso Manual.

Sucesso e bons estudos.

Forte abraço e muito obrigado,

Alexandre Mazza

NOTA DO AUTOR À 1ª EDIÇÃO

O "PODER" DESTE LIVRO

Este é o livro da minha vida. Não tenho nenhuma dúvida disso e precisava começar tratando-o assim. É o resultado de mais de dez anos lecionando ininterruptamente, e com regime de dedicação exclusiva, em cursos preparatórios para concursos públicos e exames da OAB. Graças a Deus e aos meus alunos, consegui realizar meu grande sonho de viver exclusivamente do e para o ensino do Direito. E posso afirmar que o presente livro é o ponto alto da minha carreira como professor em tempo integral.

A elaboração desta obra aconteceu ao mesmo tempo em que eu me preparava para defesa da minha tese de doutorado, sob a orientação do professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Considero este trabalho um filho do meu doutoramento, pois julgo que não teria conseguido levar a termo a sequência de capítulos sem o amadurecimento intelectual que a conclusão da minha formação acadêmica proporcionou.

Agora sou Doutor e meu livro foi publicado.

Não é exatamente um livro de doutrina. Sua utilidade principal e declarada é preparar eficazmente candidatos para enfrentar todas as questões de Direito Administrativo presentes em qualquer prova ou concurso público do Brasil. Aprendi a não fugir de desafios, e elaborar o livro de Administrativo mais completo do país para provas e concursos foi somente mais um desafio que tive de encarar de frente.

Este livro foi elaborado usando as mais modernas técnicas gráficas para assimilação do conteúdo:

a) texto em preto com informações-chave destacadas em bold, permitindo ao leitor uma rápida memorização ao viabilizar um segundo nível de leitura, se quiser relembrar somente o indispensável dentro de cada tema;

b) inúmeras questões de provas e concursos, em diferentes níveis de profundidade, aplicadas no próprio corpo do texto, permitindo ao leitor conferir exatamente como o tema é abordado pelas bancas examinadoras;

c) inserção de diversos quadros sinóticos, boxes, chamadas e esquemas, também no próprio corpo do texto, resumindo graficamente os pontos cruciais da matéria;

d) inclusão, ao final de cada capítulo, de questões elaboradas pelas mais importantes instituições responsáveis por aplicar provas e concursos públicos no País: Cespe, FCC, FGV, Esaf, Vunesp, Cesgranrio, entre outras. Os gabaritos são indicados somente ao final do livro para permitir que o leitor avalie precisamente seu aproveitamento em questões extraídas das provas;

e) centenas de entendimentos jurisprudenciais do STF, STJ e Tribunais de Contas inseridos no próprio corpo do texto, favorecendo a visão integrada e comparativa de doutrina e jurisprudência.

Além de utilizar as mais modernas técnicas gráficas disponíveis no Brasil, este livro contém diversas inovações que o diferenciam de qualquer outra obra existente no mercado brasileiro:

a) temas inéditos: pela primeira vez, em uma obra do gênero, são abordados alguns assuntos avançados que vêm sendo exigidos em provas, mas não têm registro em obras similares. São alguns exemplos de temas inéditos: 1) a teoria do ato administrativo inexistente; 2) a concepção objetiva do desvio de finalidade; 3) a teoria da supremacia especial; 4) as agências plenipotenciárias; 5) as entidades públicas transfederativas; 6) multiadjudicação etc. Acrescentei também um capítulo inteiro dedicado às relações jurídicas de administração pública e demais situações subjetivas de Direito Administrativo, tema de minha tese de doutorado, assunto muito complexo, mas cada vez mais cobrado em concursos de altíssimo nível;

b) referências internacionais: apresentando informações bibliográficas dos mais importantes administrativistas de todos os tempos, municiando o leitor com informações exclusivas sobre cultura jurídico-administrativista, que poderão ser citadas em provas escritas e exames orais como um poderoso diferencial em relação aos demais candidatos;

c) exposição das controvérsias: alguns assuntos despertam bastante controvérsia doutrinária. Por isso, sempre que o tema enseja algum dissenso relevante, são apontadas as opiniões das quatro grandes referências atuais de nosso Direito Administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho. Sendo possível apurar a visão predominante das bancas, é apontada a corrente mais apropriada para ser defendida pelo candidato na prova.

Importante destacar que procurei dar a cada tema um tratamento bem objetivo, utilizando a técnica dos assuntos relacionais. Procuro vincular diversos assuntos entre si, mostrando ao leitor como os variados capítulos do Direito Administrativo se interconectam formando um todo unitário e coerente. Assim, por exemplo, ao tratar da ação indenizatória (responsabilidade do Estado), mostro como a impossibilidade de propositura da ação diretamente contra a pessoa física do agente (jurisprudência do STF) está relacionada com a moderna teoria do órgão (organização administrativa) e a noção de impessoalidade (princípios do Direito Administrativo). Essa compreensão relacional dos diversos capítulos do Direito Administrativo favorece a compreensão integral de temas importantes e aumenta a capacidade de responder corretamente a indagações de viés prático, comuns em provas escritas e exames orais.

Como instrumento didático diferenciado, fiz a inserção na íntegra de diversos dispositivos legais, tornando desnecessário interromper a leitura do texto para consultar a legislação de regência. Em temas cujas questões de prova consistem na simples reprodução das normas legais pertinentes, como ocorre com o Estatuto do Servidor Público Federal (Lei n. 8.112/90), optei por rearranjar o texto da legislação, evitando acrescentar muitos comentários, para que as informações essenciais não se perdessem entre opiniões do autor e desdobramentos explicativos desnecessários.

Por fim, solicito encarecidamente que você, meu querido leitor, encaminhe eventuais questões de concurso que não foram abordadas neste livro, bem como sugestão de novos temas, para o meu *site* www.sitedomazza.com.br ou pelo twitter www.twitter.com/professormazza. Assim, nas próximas edições poderei incorporar os aperfeiçoamentos que se mostrarem necessários.

Esse livro é feito para você! Tudo a ver com o meu lema e objetivo de vida, parafraseando o grande Mário Quintana: *meus alunos passarão. Eu passarinho!*

Sucesso!

Alexandre Mazza
São Paulo, 2010.

SUMÁRIO

1 NOÇÕES GERAIS 31
1.1 Conceito de Direito Administrativo 31
1.2 Taxinomia do Direito Administrativo 32
1.3 Direito Administrativo *versus* Ciência da Administração 32
1.4 Administração burocrática *versus* Administração gerencial 33
1.5 Características técnicas do Direito Administrativo 34
1.6 Critérios para definição do objeto do Direito Administrativo 35
1.7 Regras, princípios e normas 37
1.7.1 Diferenças entre princípios e normas 38
1.8 Objeto imediato e mediato do Direito Administrativo 40
1.9 Direito Administrativo como "direito comum" 41
1.10 Pressupostos do Direito Administrativo 41
1.11 Autonomia do Direito Administrativo 42
1.12 Estado, Governo, Poder Executivo, Administração Pública, Poder Executivo e Poder Público 42
1.13 Sentidos do termo Administração Pública 44
1.14 Tarefas precípuas da Administração Pública moderna 44
1.15 Interpretação do Direito Administrativo 45
1.16 Relação com outros ramos 46
1.17 Codificação do Direito Administrativo 49
1.18 Fontes do Direito Administrativo 51
1.19 Sistemas administrativos 53
1.19.1 Sistema da jurisdição una 53
1.19.2 Sistema do contencioso administrativo 54
1.20 Competência para legislar 55
1.21 Reserva de lei complementar no Direito Administrativo 56
1.22 Iniciativa de projetos de lei 57
1.23 Função administrativa 58
1.23.1 Conceito 60
1.24 Função administrativa e função de governo 67
1.25 Tendências do Direito Administrativo moderno 67
1.26 Dez dicas "tomahawk" para a véspera da prova 70
1.27 Questões 72

2 PRINCÍPIOS 77
2.1 Importância dos princípios administrativos 77
2.2 Dupla funcionalidade dos princípios 78
2.3 Princípios como mandamentos de otimização 78
2.4 Regime jurídico-administrativo 78
2.5 Supraprincípios do Direito Administrativo 79
2.5.1 Princípio da supremacia do interesse público 79
2.5.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público 81
2.6 Princípios constitucionais do Direito Administrativo 82
2.6.1 Princípio da legalidade 84
2.6.1.1 Conceito 84
2.6.1.2 Legalidade: sentido negativo e sentido positivo 84
2.6.1.3 Bloco da legalidade e princípio da juridicidade 85
2.6.1.4 Tríplice fundamento constitucional 86
2.6.1.5 Legalidade privada e legalidade pública 88
2.6.1.6 Exceções à legalidade 89
2.6.1.7 Teoria da supremacia especial 89
2.6.2 Princípio da impessoalidade 90
2.6.2.1 Subprincípio da vedação da promoção pessoal 92
2.6.3 Princípio da moralidade 93
2.6.3.1 Conteúdo jurídico da moralidade administrativa 95
2.6.3.2 Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva 97
2.6.3.3 O problema da "moral paralela" 97
2.6.3.4 Súmula Vinculante n. 13 do STF (antinepotismo) 98
2.6.3.5 Resolução n. 7 do CNJ (antinepotismo) 98
2.6.3.6 Instrumentos para defesa da moralidade 100
2.6.3.7 Lei de Improbidade Administrativa 100
2.6.4 Princípio da publicidade 101
2.6.4.1 Transparência, divulgação oficial e publicação 101
2.6.4.2 Objetivos da publicidade 102
2.6.4.3 Formas de publicidade 102
2.6.4.4 Natureza jurídica da publicação dos atos gerais 102
2.6.4.5 Exceções à publicidade 103
2.6.4.6 Atos secretos e improbidade administrativa 103
2.6.5 Princípio da eficiência 104
2.6.5.1 Eficiência, eficácia e efetividade 105
2.6.5.2 Institutos correlatos 105
2.7 Princípios infraconstitucionais 105
2.7.1 Princípio da autotutela 106
2.7.2 Princípio da obrigatória motivação 107
2.7.2.1 Motivação, motivo, causa, móvel e intenção real 107
2.7.2.2 Abrangência do dever de motivar 108
2.7.2.3 Motivação dispensada 109
2.7.2.4 Momento da motivação 109
2.7.2.5 Três atributos da motivação 109

2.7.2.6 Motivação *aliunde* ... 109
2.7.2.7 Teoria dos motivos determinantes ... 110
2.7.3 Princípio da finalidade ... 110
2.7.3.1 Teoria do desvio de finalidade ... 111
2.7.3.2 Tresdestinação lícita ... 113
2.7.4 Princípio da razoabilidade ... 114
2.7.5 Princípio da proporcionalidade ... 115
2.7.5.1 Proporcionalidade perante a lei e proporcionalidade na lei ... 116
2.7.6 Princípio da responsabilidade ... 116
2.7.7 Princípio da segurança jurídica ... 117
2.7.8 Princípio da boa administração ... 117
2.7.9 Princípio do controle judicial ou da sindicabilidade ... 118
2.7.10 Princípios da continuidade do serviço público e da obrigatoriedade da função administrativa ... 118
2.7.11 Princípio da descentralização ou especialidade ... 119
2.7.12 Princípio da presunção de legitimidade ... 120
2.7.13 Princípio da isonomia ... 120
2.7.14 Princípio da hierarquia ... 122
2.7.15 Outros princípios ... 123
2.8 Princípios de meio e princípios finalísticos ... 124
2.9 Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99 ... 125
2.10 Questões ... 126

3 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA ... 131
3.1 Introdução ... 131
3.2 Concentração e desconcentração ... 131
3.2.1 Espécies de desconcentração ... 132
3.3 Centralização e descentralização ... 133
3.4 Relações entre os dois fenômenos ... 133
3.5 Comparação entre desconcentração e descentralização ... 134
3.6 Teoria do órgão público ... 134
3.6.1 Espécies de órgãos públicos ... 135
3.6.1.1 Órgãos administrativos despersonalizados anômalos ... 136
3.7 Entidades da Administração Pública Indireta ... 136
3.7.1 Autarquias ... 137
3.7.1.1 Características ... 137
3.7.1.2 Espécies de autarquias ... 140
3.7.1.2.1 Natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil ... 141
3.7.2 Fundações públicas ... 141
3.7.3 Agências reguladoras ... 142
3.7.3.1 Cronologia de criação das agências federais ... 143
3.7.3.2 Natureza jurídica ... 146
3.7.3.3 Diretorias colegiadas ... 147
3.7.3.4 Classificação das agências reguladoras ... 147
3.7.3.5 Poder normativo ... 148

3.7.3.6 Supervisão ministerial e recursos hierárquicos impróprios 149
3.7.4 Agências executivas 150
3.7.4.1 Histórico 151
3.7.4.2 Características 152
3.7.4.3 Comparação entre agências executivas e agências reguladoras 153
3.7.5 Associações públicas 153
3.7.6 Empresas estatais 155
3.7.6.1 Empresas públicas 155
3.7.6.1.1 Características 156
3.7.6.2 Sociedades de economia mista 157
3.7.6.2.1 Características 158
3.7.7 Outras características das empresas públicas e sociedades de economia mista 159
3.7.8 Fundações governamentais de direito privado 160
3.7.9 Empresas subsidiárias 161
3.7.10 Fundações de apoio 161
3.8 Entes de cooperação 162
3.8.1 Entidades paraestatais 162
3.8.1.1 Características 164
3.8.2 Terceiro setor 165
3.8.2.1 Organizações sociais 166
3.8.2.2 Oscips 168
3.8.2.3 Comparação entre organizações sociais e Oscips 170
3.9 Questões 170

4 ATOS ADMINISTRATIVOS 179
4.1 Função dogmática da teoria do ato administrativo 179
4.2 Atos administrativos e demais atos jurídicos 180
4.3 Conceitos doutrinários 181
4.4 Nosso conceito 181
4.5 Fato administrativo 182
4.6 Atos da Administração 186
4.7 Silêncio administrativo 187
4.8 Atributos do ato administrativo 189
4.8.1 Presunção de legitimidade 189
4.8.1.1 Presunções de validade, legalidade, veracidade, legitimidade e licitude 191
4.8.2 Imperatividade ou coercibilidade 191
4.8.3 Exigibilidade 192
4.8.4 Autoexecutoriedade 192
4.8.5 Tipicidade 194
4.8.6 Outros atributos 195
4.9 Existência, validade e eficácia 195
4.9.1 Existência ou perfeição do ato administrativo 196
4.9.1.1 Teoria do ato administrativo inexistente 198

4.9.2 Validade do ato administrativo 202
4.9.3 Eficácia do ato administrativo 203
4.10 Mérito do ato administrativo 204
4.10.1 Grave inoportunidade e grave inconveniência 204
4.11 Requisitos do ato administrativo 205
4.11.1 Corrente clássica (Hely Lopes Meirelles) 205
4.11.2 Corrente moderna (Celso Antônio Bandeira de Mello) 207
4.11.3 Diferentes teorias sobre a nulidade do ato 209
4.12 Vícios em espécie 210
4.13 Classificação dos atos administrativos 214
4.13.1 Atos discricionários e atos vinculados 214
4.13.2 Atos simples, compostos e complexos 215
4.13.3 Outras classificações dos atos administrativos 218
4.13.3.1 Quanto aos destinatários 218
4.13.3.2 Quanto à estrutura 218
4.13.3.3 Quanto ao alcance 218
4.13.3.4 Quanto ao objeto 219
4.13.3.5 Quanto à manifestação de vontade 219
4.13.3.6 Quanto aos efeitos 219
4.13.3.7 Quanto ao conteúdo 219
4.13.3.8 Quanto à situação jurídica que criam 220
4.13.3.9 Quanto à eficácia 220
4.13.3.10 Quanto à exequibilidade 221
4.13.3.11 Quanto à retratabilidade 221
4.13.3.12 Quanto ao modo de execução 221
4.13.3.13 Quanto ao objetivo visado pela Administração 222
4.13.3.14 Quanto à natureza da atividade 222
4.13.3.15 Quanto à função da vontade administrativa 222
4.14 Espécies de ato administrativo 223
4.14.1 Atos normativos 224
4.14.2 Atos ordinatórios 224
4.14.3 Atos negociais 225
4.14.4 Atos enunciativos 227
4.14.5 Atos punitivos 228
4.14.6 Espécies de ato quanto à forma e quanto ao conteúdo 228
4.15 Extinção do ato administrativo 228
4.15.1 Revogação 229
4.15.1.1 Competência para revogar 230
4.15.1.2 Objeto do ato revocatório 230
4.15.1.3 Fundamento e motivo da revogação 231
4.15.1.4 Efeitos da revogação 231
4.15.1.5 Natureza do ato revocatório 231
4.15.1.6 Forma do ato revocatório 231
4.15.1.7 Natureza da revogação 231
4.15.1.8 Características da competência revocatória 231

4.15.1.9 Limites ao poder de revogar 232
4.15.1.10 Revogação de atos complexos 232
4.15.1.11 Anulação da revogação: possibilidade 232
4.15.1.12 Revogação da revogação: polêmica 232
4.15.1.13 Revogação da anulação: impossibilidade 232
4.15.1.14 Anulação da anulação: possibilidade 233
4.15.1.15 Revogação e dever de indenizar 233
4.15.2 Anulação ou invalidação 233
4.15.2.1 Competência para anular 233
4.15.2.2 Objeto e natureza do ato anulatório 234
4.15.2.3 Efeitos da anulação 234
4.15.2.3.1 Modulação dos efeitos anulatórios 234
4.15.2.4 Forma do ato anulatório 235
4.15.2.5 Natureza da competência anulatória 235
4.15.2.6 Anulação e indenização 235
4.15.2.7 Limites ao dever anulatório 235
4.15.2.8 Comparação entre revogação e anulação 235
4.15.3 Cassação 236
4.15.4 Caducidade ou decaimento 236
4.15.5 Contraposição 236
4.15.6 Extinções inominadas 237
4.16 Convalidação 237
4.16.1 Teoria dos atos sanatórios 239
4.17 Conversão 239
4.18 Questões 239

5 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO 253
5.1 Poderes-deveres 253
5.2 Poder vinculado 253
5.3 Poder discricionário 253
5.4 Poder disciplinar 258
5.5 Poder hierárquico 259
5.5.1 Delegação de competência 260
5.5.2 Avocação de competência 261
5.6 Supervisão ministerial 262
5.7 Poder regulamentar 262
5.7.1 Espécies de regulamento 264
5.7.2 Regulamentos autônomos ou independentes 264
5.7.3 Poder regulamentar e previsão legal 266
5.8 Poder de polícia ou limitação administrativa 266
5.8.1 Poder de polícia: sentido amplo e sentido estrito 267
5.8.2 Conceitos doutrinários 267
5.8.3 Conceito legal de poder de polícia 268
5.8.4 Nosso conceito 269
5.8.5 Poder de polícia: vinculado ou discricionário? 270

5.8.6 Características ... 271
5.8.7 Polícia administrativa *versus* polícia judiciária ... 272
5.8.8 Poder de polícia *versus* servidão administrativa ... 273
5.9 Instrumentos de intervenção estatal na propriedade privada ... 274
5.9.1 Servidão administrativa ... 274
5.9.2 Tombamento ... 276
5.9.3 Requisição ... 277
5.9.3.1 Requisição com perda de domínio? ... 279
5.9.4 Ocupação temporária ... 279
5.10 Questões ... 280

6 RESPONSABILIDADE DO ESTADO ... 289
6.1 Introdução ... 289
6.2 Evolução histórica ... 290
6.2.1 Teoria da irresponsabilidade estatal (até 1873) ... 290
6.2.2 Teoria da responsabilidade subjetiva (1874 até 1946) ... 291
6.2.3 Teoria da responsabilidade objetiva (1947 até hoje) ... 292
6.3 Evolução da responsabilidade estatal no direito positivo brasileiro ... 294
6.4 Linha do tempo ... 295
6.5 Responsabilidade na Constituição de 1988 ... 297
6.6 Fundamentos do dever de indenizar ... 298
6.7 Risco integral e risco administrativo ... 298
6.8 Características do dano indenizável ... 301
6.9 Responsabilidade por atos lícitos ... 301
6.10 Danos por omissão ... 302
6.11 Relações de custódia ... 304
6.12 Ação indenizatória ... 304
6.13 Denunciação à lide ... 305
6.14 Ação regressiva ... 306
6.15 Responsabilidade do servidor estatutário federal na Lei n. 8.112/90 ... 307
6.16 Responsabilidade dos concessionários ... 308
6.17 Responsabilidade por atos legislativos, regulamentares e jurisdicionais ... 309
6.18 Danos causados por agente fora do exercício da função ... 310
6.19 Questões ... 310

7 LICITAÇÃO ... 319
7.1 Introdução ... 319
7.2 Finalidades da licitação ... 319
7.3 Conceitos doutrinários ... 320
7.4 Nosso conceito ... 320
7.4.1 Análise dos elementos conceituais ... 321
7.5 Natureza jurídica ... 322
7.6 Competência para legislar ... 322
7.7 Normatização infraconstitucional ... 323
7.8 Natureza jurídica da Lei n. 8.666/93 ... 324

7.9 Fundamento constitucional do dever de licitar ... 325
7.10 Pressupostos da licitação ... 326
7.11 Extensão material do dever de licitar: objeto da licitação ... 326
7.12 Extensão pessoal do dever de licitar ... 327
7.12.1 Organizações sociais ... 328
7.12.2 Organizações da sociedade civil de interesse público ... 328
7.12.3 Entidades paraestatais ... 328
7.12.4 Conselhos de classe ... 329
7.12.5 Ordem dos Advogados do Brasil ... 329
7.12.6 Empresas estatais exploradoras de atividade econômica ... 329
7.12.7 Entidades que não se sujeitam ao dever de licitar ... 330
7.13 Princípios específicos da licitação ... 331
7.14 Incidência dos princípios gerais ... 332
7.15 Tipos de licitação ... 333
7.16 Modalidades licitatórias ... 334
7.16.1 Concorrência ... 336
7.16.2 Tomada de preços ... 336
7.16.3 Convite ... 337
7.16.4 Concurso ... 337
7.16.5 Leilão ... 338
7.16.6 Consulta ... 338
7.16.7 Pregão ... 339
7.16.7.1 Bens e objetos comuns ... 340
7.16.7.2 Hipóteses de vedação ... 342
7.16.7.3 Modalidades ... 342
7.16.7.4 Procedimento do pregão ... 342
7.16.8 Comparativo entre as modalidades ... 345
7.16.9 Licitação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda (Lei n. 12.232/2010) ... 348
7.17 Registro de preços ... 348
7.18 Registros cadastrais ... 349
7.19 Comissão de licitação ... 350
7.20 Fases da concorrência ... 350
7.20.1 Instrumento convocatório ... 350
7.20.2 Habilitação ... 352
7.20.3 Classificação ... 355
7.20.4 Homologação ... 356
7.20.5 Adjudicação ... 356
7.21 Contratação direta ... 357
7.21.1 Dispensa de licitação ... 358
7.21.2 Inexigibilidade ... 362
7.21.3 Licitação vedada ou proibida ... 364
7.21.4 Licitação dispensada ... 364
7.22 Crimes na Lei n. 8.666/93 ... 366
7.23 Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011 ... 367
7.24 Questões ... 369

8 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 381
8.1 Introdução 381
8.2 Conceitos doutrinários 381
8.3 Nosso conceito 383
8.4 Competência para legislar 383
8.5 Contratos da Administração e contratos administrativos 383
8.6 Prévia licitação 384
8.7 Normas aplicáveis 384
8.8 Características dos contratos administrativos 385
8.9 Diferenças em relação aos contratos privados 387
8.10 Sujeitos do contrato 388
8.11 Contratos em espécie 389
8.11.1 Contrato de obra pública 389
8.11.2 Contrato de fornecimento 390
8.11.3 Contrato de prestação de serviço 390
8.11.4 Contrato de concessão 391
8.11.4.1 Concessão de serviço público 391
8.11.4.1.1 Base legislativa 392
8.11.4.1.2 Natureza jurídica (controvérsia) 392
8.11.4.1.3 Conceito legislativo 393
8.11.4.1.4 Nosso conceito 393
8.11.4.1.5 Características da concessão de serviço público 394
8.11.4.1.6 Direitos e obrigações dos usuários 395
8.11.4.1.7 Encargos do poder concedente 395
8.11.4.1.8 Encargos da concessionária 396
8.11.4.1.9 Intervenção 397
8.11.4.1.10 Formas de extinção da concessão 397
8.11.4.1.11 Subconcessão 400
8.11.4.1.12 Serviços públicos passíveis de concessão 400
8.11.4.1.13 Reversão de bens 400
8.11.5 Permissão de serviço público 401
8.11.6 Concessão precedida de obra pública 402
8.11.7 Concessão de uso de bem público 403
8.11.8 Contrato de gerenciamento 403
8.11.9 Contrato de gestão 404
8.11.10 Termo de parceria 404
8.11.11 Parceria público-privada (PPP) 405
8.11.11.1 Abrangência da Lei n. 11.079/2004 406
8.11.11.2 Conceito e características 406
8.11.11.3 Diretrizes legais 408
8.11.11.4 Vedações à celebração de PPPs 408
8.11.11.5 Garantias 408
8.11.11.6 Modalidades 409
8.11.11.7 Sociedade de propósito específico (art. 9º) 409
8.11.12 Consórcio público 410

8.11.12.1 Consórcios públicos da Lei n. 11.107/2005 410
8.11.12.1.1 Conceito e atribuições 411
8.11.12.1.2 Procedimento para celebração do consórcio 412
8.11.12.1.3 Regras especiais sobre licitações 413
8.11.13 Contrato de convênio 414
8.11.14 Contrato de credenciamento 414
8.11.15 Contrato de trabalhos artísticos 414
8.11.16 Contrato de empréstimo público 415
8.11.17 Contrato de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda (Lei n. 12.232/2010) 415
8.12 Formalização dos contratos administrativos 415
8.13 Cláusulas exorbitantes 416
8.13.1 Exigência de garantia 417
8.13.2 Alteração unilateral do objeto 417
8.13.3 Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro 418
8.13.4 Inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido 418
8.13.5 Rescisão unilateral 418
8.13.6 Fiscalização 419
8.13.7 Aplicação de penalidades 419
8.13.8 Ocupação provisória (art. 58, V) 420
8.14 Estudo do equilíbrio econômico-financeiro 420
8.14.1 Circunstâncias excepcionais que autorizam a revisão tarifária 421
8.15 Duração e execução dos contratos em geral 423
8.16 Extinção 424
8.17 Crimes 425
8.18 Questões 425

9 AGENTES PÚBLICOS 437
9.1 Agentes públicos 437
9.2 Agentes políticos 437
9.3 Ocupantes de cargos em comissão 438
9.4 Contratados temporários 439
9.5 Agentes militares 440
9.6 Servidores públicos estatutários 441
9.7 Empregados públicos 443
9.8 Particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos) 444
9.9 Acumulação de cargos, empregos e funções públicas 445
9.10 Concurso público 446
9.10.1 Concurso público e teoria da perda da chance 450
9.11 Reserva de vagas para portadores de deficiência 450
9.11.1 Arredondamento de vagas 451
9.12 Análise do regime estatutário federal (Lei n. 8.112/90) 452
9.12.1 Linha do tempo 452
9.12.2 Conceito de cargo público e provimento 452
9.12.2.1 Nomeação 453
9.12.2.2 Promoção 454

9.12.2.3 Readaptação ... 454
9.12.2.4 Reversão ... 454
9.12.2.5 Aproveitamento ... 455
9.12.2.6 Reintegração ... 456
9.12.2.7 Recondução ... 456
9.12.3 Posse ... 456
9.12.4 Exercício ... 456
9.12.5 Estágio probatório ... 457
9.12.6 Confirmação ... 459
9.12.7 Estabilidade ... 459
9.12.7.1 Tipos de estabilidade (art. 19 do ADCT) ... 461
9.12.8 Saída do cargo ... 461
9.13 Vacância ... 462
9.14 Remoção ... 462
9.15 Redistribuição ... 462
9.16 Direitos e vantagens do servidor ... 463
9.17 Vencimento e remuneração ... 463
9.17.1 Regime de subsídios ... 464
9.18 Indenizações ... 465
9.19 Retribuições, gratificações e adicionais ... 466
9.20 Férias ... 466
9.21 Licenças ... 467
9.22 Afastamentos e concessões ... 467
9.23 Direito de petição ... 468
9.24 Direito de greve ... 468
9.25 Tetos remuneratórios ... 469
9.26 Previdência dos servidores ... 470
9.27 Regime disciplinar ... 471
9.28 Deveres do servidor ... 471
9.29 Proibições aplicáveis ao servidor ... 471
9.30 Tríplice responsabilidade dos servidores públicos ... 472
9.31 Processo disciplinar ... 473
9.31.1 Penalidades ... 474
9.32 Questões ... 476

10 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ... 491
10.1 Introdução ... 491
10.2 Base constitucional ... 491
10.3 Defesa constitucional da moralidade administrativa ... 492
10.4 Competência para legislar sobre improbidade administrativa ... 493
10.5 Abrangência e natureza da Lei n. 8.429/92 ... 493
10.6 Sujeito passivo do ato de improbidade ... 494
10.7 Sujeito ativo do ato de improbidade ... 495
10.7.1 A questão dos agentes políticos ... 496
10.8 Espécies de ato de improbidade ... 498

10.8.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º) 499
10.8.1.1 Sanções cabíveis 500
10.8.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) 500
10.8.2.1 Sanções cabíveis 502
10.8.3 Atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11) 502
10.8.3.1 Sanções cabíveis 503
10.9 Categorias de atos de improbidade 503
10.10 Declaração de bens 504
10.11 Improbidade administrativa e princípio da insignificância 505
10.12 Procedimento administrativo 505
10.13 Ação judicial de improbidade 506
10.14 Dosimetria da pena 507
10.15 Prescrição 507
10.16 A questão da necessidade de dolo nas condutas 509
10.17 Questões 509

11 RELAÇÃO JURÍDICA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 517
11.1 Introdução 517
11.2 Vantagens da teoria 517
11.3 Conceitos doutrinários 518
11.3.1 Critério subjetivo 518
11.3.2 Critério misto 519
11.3.3 Critério formal 519
11.4 Nosso conceito 519
11.5 Diversas classificações das relações jurídico-administrativas 520
11.5.1 Quanto ao alcance 520
11.5.2 Quanto à estrutura 520
11.5.3 Quanto à presença da Administração 520
11.5.4 Quanto ao objeto 520
11.5.5 Quanto à duração 521
11.5.6 Quanto às partes envolvidas 521
11.5.7 Quanto à reciprocidade 521
11.5.8 Quanto aos efeitos 521
11.5.9 Quanto à posição das partes 521
11.5.10 Quanto ao nível de organização 522
11.5.11 Quanto ao regime jurídico 523
11.6 *Status* 523
11.7 Situações subjetivas no Direito Administrativo 523
11.8 Diversas modalidades de poderes 524
11.8.1 Direito subjetivo 524
11.8.2 Potestade ou poder *stricto sensu* 525
11.8.3 Interesse legítimo 526
11.8.4 Interesse simples 526

11.8.5 Expectativa de direito ... 526
11.8.6 Poderes-deveres ... 526
11.8.7 Prerrogativas funcionais ... 526
11.8.8 Direito adquirido ... 526
11.9 Diversas modalidades de deveres ... 527
11.9.1 Obrigação ... 527
11.9.2 Dever *stricto sensu* ... 527
11.9.3 Sujeição ... 527
11.9.4 Encargo ... 527
11.9.5 Ônus ... 527
11.9.6 Carga ... 528
11.10 Nascimento das relações jurídico-administrativas ... 528
11.11 Modificação das relações jurídico-administrativas ... 528
11.12 Extinção das relações jurídico-administrativas ... 529

12 BENS PÚBLICOS ... 531
12.1 Divergência conceitual ... 531
12.2 Disciplina no Código Civil ... 532
12.3 Domínio público ... 534
12.4 *Res nullius* ... 537
12.5 Bens públicos da União ... 537
12.6 Bens públicos dos Estados ... 537
12.7 Bens públicos do Distrito Federal ... 538
12.8 Bens públicos dos Municípios ... 538
12.9 Bens públicos dos Territórios Federais ... 538
12.10 Bens públicos da Administração Indireta ... 538
12.11 Bens públicos de concessionários e permissionários ... 539
12.12 Classificação ... 539
12.12.1 Bens de uso comum do povo ... 540
12.12.2 Bens de uso especial ... 540
12.12.3 Bens dominicais ... 541
12.13 Bens públicos necessários e bens públicos acidentais ... 542
12.14 Atributos ... 542
12.15 Requisitos para alienação dos bens públicos ... 543
12.16 Afetação e desafetação ... 544
12.17 Patrimônio público disponível e patrimônio público indisponível ... 545
12.18 Formas de uso ... 546
12.19 Concessão, permissão e autorização ... 546
12.20 Aforamento público ... 548
12.21 Formas de aquisição e alienação ... 548
12.22 Questões ... 549

13 DESAPROPRIAÇÃO ... 555
13.1 Introdução ... 555
13.2 Fundamentos jurídico-políticos ... 555

13.3 Competência para legislar 556
13.4 Base constitucional 556
13.5 Normatização infraconstitucional 557
13.6 Conceitos doutrinários 558
13.7 Nosso conceito 558
13.8 Forma originária de aquisição da propriedade 560
13.9 Institutos afins 560
13.10 Fundamentos normativos da desapropriação 561
13.10.1 Necessidade pública 562
13.10.2 Utilidade pública 562
13.10.3 Interesse social 563
13.11 Objeto da desapropriação 564
13.12 Exceções à força expropriante 566
13.13 Espécies de desapropriação 567
13.13.1 Desapropriação para reforma agrária (art. 184 da CF) 567
13.13.1.1 Procedimento da desapropriação rural 569
13.13.2 Desapropriação para política urbana (art. 182, § 4º, III, da CF) 570
13.13.3 Desapropriação de bens públicos 571
13.13.4 Desapropriação indireta 572
13.13.5 Desapropriação por zona 572
13.13.6 Desapropriação ordinária 573
13.13.7 Desapropriação confiscatória 573
13.14 Fases da desapropriação 574
13.15 Ação de desapropriação e imissão provisória 576
13.16 Retrocessão (art. 519 do CC) 578
13.17 Indenização 579
13.18 Desistência da desapropriação 580
13.19 Direito de extensão 581
13.20 Questões 581

14 ESTATUTO DA CIDADE 589
14.1 Introdução 589
14.2 Natureza jurídica do Estatuto da Cidade 589
14.3 Diretrizes gerais da política urbana 590
14.4 Instrumentos da política urbana 591
14.4.1 Parcelamento, edificação ou utilização compulsória 593
14.4.2 IPTU progressivo no tempo 593
14.4.3 Desapropriação urbanística 593
14.4.4 Usucapião especial de imóvel urbano 594
14.4.5 Direito de superfície 594
14.4.6 Direito de preempção 595
14.4.7 Outorga onerosa do direito de construir 595
14.4.8 Operações urbanas consorciadas 596
14.4.9 Transferência do direito de construir 596
14.4.10 Estudo de impacto de vizinhança 596
14.4.11 Plano diretor 597

14.5 Gestão democrática da cidade ... 597
14.6 Questões ... 598

15 SERVIÇOS PÚBLICOS ... 599
15.1 Serviços públicos e domínio econômico ... 599
15.2 Conceito de serviço público ... 600
15.3 Serviços públicos *uti universi* e *uti singuli* ... 601
15.4 Nosso conceito ... 602
15.5 Titularidade do serviço público ... 603
15.6 Serviços públicos federais, estaduais, municipais e distritais ... 603
15.6.1 Serviços notariais e de registro ... 605
15.7 Princípios do serviço público ... 606
15.8 Serviços essenciais ... 608
15.9 Formas de prestação ... 609
15.10 Responsabilidade do prestador de serviços públicos ... 610
15.11 Formas de remuneração ... 610
15.12 Classificação dos serviços públicos ... 611
15.13 Direitos do usuário ... 613
15.14 Questões ... 613

16 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO ... 617
16.1 Conceito ... 617
16.2 Objetivos ... 617
16.3 Natureza jurídica ... 617
16.4 Classificação ... 617
16.5 Controle administrativo ... 619
16.5.1 Recurso hierárquico próprio e impróprio ... 619
16.6 Controle legislativo ... 620
16.6.1 Tribunais de Contas ... 621
16.7 Controle judicial ... 623
16.8 Prescrição no Direito Administrativo ... 625
16.9 Coisa julgada administrativa ... 625
16.10 Questões ... 626

17 PROCESSO ADMINISTRATIVO ... 629
17.1 Processo administrativo na CF/88 ... 629
17.2 Lei do Processo Administrativo – n. 9.784/99 ... 629
17.3 Processo ou procedimento administrativo? ... 630
17.4 Espécies de processo administrativo ... 630
17.5 Princípios do processo administrativo ... 631
17.6 Conceitos de órgão, entidade e autoridade ... 632
17.7 Direitos do administrado ... 632
17.8 Deveres do administrado ... 632
17.9 Instauração do processo ... 633
17.10 Legitimados para o processo administrativo ... 633

17.11 Da competência 633
17.12 Impedimentos e suspeição no processo administrativo 634
17.13 Forma, tempo e lugar dos atos do processo 635
17.14 Comunicação dos atos 635
17.15 Instrução do processo 636
17.16 Dever de decidir 636
17.17 Desistência 637
17.18 Recursos administrativos 637
17.18.1 Permissão da *reformatio in pejus* 638
17.19 Dos prazos 638
17.20 Questões 638

18 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000) 643
18.1 Justificativa 643
18.2 Bases constitucionais 643
18.3 Contexto histórico 644
18.4 Compatibilidade com a Lei n. 4.320/64 645
18.5 Objetivos da LRF e pressupostos da responsabilidade fiscal 645
18.6 Natureza jurídica e âmbito de aplicação da LRF 646
18.7 Conceito de receita corrente líquida 646
18.8 Planejamento e sistema orçamentário na LRF 646
18.9 Previsão e arrecadação da receita pública 647
18.10 Renúncia de receita 648
18.11 Geração de despesa pública 649
18.12 Despesa obrigatória de caráter continuado 649
18.13 Despesas com pessoal 650
18.14 Controle da despesa total com pessoal 651
18.15 Questões 652

GABARITO 659

REFERÊNCIAS 663

1

NOÇÕES GERAIS

1.1 CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Existe **divergência** entre os doutrinadores **quanto ao conceito** de Direito Administrativo. Na verdade, cada autor escolhe certos elementos que considera mais significativos para chegar ao conceito, como se pode notar nos exemplos abaixo.

Repare que o conceito de Celso Antônio **Bandeira de Mello** enfatiza a ideia de função administrativa: "o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a **função administrativa**, bem como pessoas e órgãos que a exercem".[1]

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, destaca o *elemento finalístico* na conceituação: os órgãos, agentes e atividades administrativas como instrumentos para realização dos fins desejados pelo Estado. Vejamos: "o conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os **fins desejados pelo Estado**".[2]

A prova de Assistente Administrativo elaborada pela Fepese/SC considerou CORRETA a afirmação: "O direito administrativo sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e indiretamente os fins desejados do Estado".

Maria Sylvia Zanella Di Pietro põe em evidência como objeto do Direito Administrativo: órgãos, agentes e as pessoas integrantes da Administração Pública no campo jurídico não contencioso: "o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica **não contenciosa** que exercer e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública".[3]

A prova de Técnico da Receita Federal/2003 feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "No conceito de Direito Administrativo, pode-se entender ser ele um conjunto harmonioso de normas e princípios, que regem relações entre órgãos públicos, seus servidores e administrados, no concernente às atividades estatais, mas não compreendendo a regência de atividades contenciosas".

---

1 *Curso de direito administrativo*, p. 37.

2 *Direito administrativo brasileiro*, p. 38.

3 *Direito administrativo*, p. 47.

Bastante inovador, o conceito de José dos Santos **Carvalho Filho** que gira em torno das relações jurídico-administrativas: "o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as **relações jurídicas** entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir".[4]

Para concursos públicos, o conceito mais adequado parece ser o que combina os três elementos mencionados pelos referidos autores: a natureza de direito público; o complexo de princípios e normas; e a função administrativa, que engloba os órgãos, agentes e pessoas da Administração.

Assim, **Direito Administrativo é o ramo do direito público que estuda[5] princípios e normas reguladores do exercício da função administrativa**.

1.2 TAXINOMIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Taxinomia é a **natureza jurídica** de determinado instituto do direito. Indicar a natureza jurídica consiste em apontar a qual grande categoria do direito o instituto pertence. Quando se trata de um ramo do direito, a indagação sobre sua natureza jurídica resume-se em classificá-lo como ramo do Direito Público ou do Direito Privado.

Os ramos do Direito Público estudam a disciplina normativa do Estado. São de Direito Público os seguintes ramos: Administrativo, Tributário, Constitucional, Eleitoral, Penal, Urbanístico, Ambiental, Econômico, Financeiro, Internacional Público, Internacional Privado, Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho.

Por outro lado, pertencem ao Direito Privado os ramos voltados à compreensão do regramento jurídico dos particulares. Atualmente, enquadram-se nessa categoria o Direito Civil, o Empresarial e o do Trabalho.[6]

A prova da Magistratura/PE considerou CORRETA a afirmação: "Entre os ramos da ciência jurídica, o Direito Administrativo pertence ao Direito Público Interno".

Não há dúvida de que o **Direito Administrativo é ramo do Direito Público** na medida em que seus princípios e normas regulam o exercício de atividades estatais, especialmente a função administrativa.

1.3 DIREITO ADMINISTRATIVO *VERSUS* CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

Em que pese a proximidade entre os dois ramos do conhecimento, é importante não confundir Direito Administrativo com a **Ciência da Administração**. Esta

---

4 *Manual de direito administrativo,* p. 8.

5 Ao afirmar que o Direito Administrativo "estuda" os princípios e normas, adotei uma postura metodológica que considera o ramo do direito como uma ciência explicativa das regras jurídicas. Há quem prefira falar do Direito Administrativo como o próprio conjunto de princípios e normas, destacando o objeto da ciência (é a opção feita por Hely Lopes Meirelles no conceito acima referido quando assevera que o Direito Administrativo "é o conjunto de princípios jurídicos"). A possibilidade de adoção dessas duas posturas revela a dualidade entre o *direito como ciência* e o *direito como objeto da ciência*.

6 Há quem sustente, entretanto, que o Direito do Trabalho seria ramo do Direito Público. Mas tal posição é minoritária.

consiste no estudo das **técnicas** e estratégias **para** melhor **planejar, organizar, dirigir e controlar a gestão governamental**. O certo é que o Direito Administrativo define os limites dentro dos quais a gestão pública (Ciência da Administração) pode ser validamente realizada.

Quadro comparativo entre Direito Administrativo e Ciência da Administração

Direito Administrativo	Ciência da Administração
Ramo jurídico	Não é ramo jurídico
Estuda princípios e normas de direito	Estuda técnicas de gestão pública
Ciência deontológica (normativa)	Ciência social
Fixa limites para a gestão pública	Subordina-se às regras do Direito Administrativo

1.4 ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA *VERSUS* ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Exigida em alguns concursos públicos recentes, a diferença entre o modelo de administração burocrática e o modelo de administração gerencial não é propriamente tema do Direito Administrativo, mas da **Ciência da Administração**. O interesse das bancas de concurso nessa distinção baseia-se no pressuposto de que os institutos tradicionais do **Direito Administrativo brasileiro** refletem o **modelo de administração burocrática**,[7] marcado pelas seguintes características: a) toda autoridade baseada na legalidade; b) relações hierarquizadas de subordinação entre órgãos e agentes; c) competência técnica como critério para seleção de pessoal; d) remuneração baseada na função desempenhada, e não pelas realizações alcançadas; e) controle de fins; f) ênfase em processos e ritos.

Com o advento da reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional n. 19/98[8] e fortemente inspirada em uma concepção neoliberal de política econômica, pretendeu-se implementar outro modelo de administração pública: a **administração gerencial**.

> CUIDADO: Saiba que o modelo da administração gerencial, inspirador da Emenda n. 19/98, é acusado por muitos administrativistas de servir como pretexto para diminuir os controles jurídicos sobre a Administração Pública. Aparentemente simpática, a ideia de administração gerencial pressupõe administradores públicos éticos, confiáveis, bem-intencionados... uma raridade no Brasil!

A administração gerencial (ou governança consensual) objetiva atribuir maior agilidade e eficiência na atuação administrativa, enfatizando a obtenção de resul-

---

7 O mais importante estudioso do modelo de administração burocrática foi o sociólogo alemão Max Weber.

8 Promulgada no governo Fernando Henrique Cardoso na onda do processo de privatizações, a Emenda Constitucional n. 19/98 promoveu mudanças no Direito Administrativo constitucional pautadas pela lógica empresarial da eficiência e pelo modelo neoliberal do Estado mínimo. A baixa qualidade técnica das reformas propostas e a antipática insistência em reduzir controles legais tornaram a Emenda n. 19/98 um diploma mal visto pelos administrativistas.

tados, em detrimento de processos e ritos, e estimulando a participação popular na gestão pública. Diversos institutos de Direito Administrativo refletem esse modelo de administração gerencial como o princípio da eficiência, o contrato de gestão, as agências executivas, os instrumentos de parceria da Administração, a redução de custos com pessoal, descentralização administrativa etc.

A noção central da administração gerencial é o **princípio da subsidiariedade** pelo qual não se deve atribuir ao Estado senão as atividades de exercício inviável pela iniciativa privada.

Quadro comparativo entre a administração burocrática e a administração gerencial

	Administração burocrática	Administração gerencial
Período-base	Antes de 1998	Após 1998
Norma-padrão	DL n. 200/67	Emenda n. 19/98
Paradigma	A lei	O resultado
Valores-chave	Hierarquia, forma e processo	Colaboração, eficiência e parceria
Controle	Sobre meios	Sobre resultados
Institutos relacionados	Licitação, processo administrativo, concurso público e estabilidade	Contrato de gestão, agências executivas e princípio da eficiência

1.5 CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Analisando o Direito Administrativo francês, **Jean Rivero**[9] identificou três características técnicas fundamentais do referido ramo:[10]

A prova da Magistratura Federal da 1ª Região considerou CORRETA a afirmação: "Costuma-se indicar o sítio histórico do advento do Direito Administrativo, como ramo autônomo, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX".

a) o Direito Administrativo é um ramo recente: desenvolveu-se somente a partir do **século XIX**;

b) o Direito Administrativo não foi codificado: na França, país de Rivero, assim como no Brasil, o Direito Administrativo não está unificado em um código próprio, e sim disciplinado em leis esparsas. Entretanto, temos no Brasil alguns diplomas normativos que se caracterizam como verdadeiras codificações parciais: conferem sistematização a grupos específicos de assuntos, como é o caso do Código Aeronáutico (Lei n. 7.565/86), Código de Águas (Decreto n. 24.643/34) e Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99);

c) o Direito Administrativo é largamente jurisprudencial: ao apresentar essa característica, Rivero tem em vista o sistema francês do contencioso administrativo,

---

9 Jean Rivero (pronuncia-se "*jan riverrô*") (França, 1910-2001): importante administrativista francês, foi professor honorário da Universidade de Paris, dedicou especial atenção ao estudo do Direito Administrativo Comparado. Sugestão de leitura: *Direito administrativo*, em português, Editora Almedina.

10 *Direito administrativo*, p. 35-37.

bastante diferente do modelo adotado no Brasil. Na França, as causas de interesse da Administração Pública não são julgadas no Poder Judiciário, mas por um complexo autônomo de órgãos administrativos cujas decisões ajudaram a desenhar a feição que o Direito Administrativo tem no mundo moderno. A influência da jurisprudência do contencioso administrativo francês sobre o Direito Administrativo no Brasil foi bastante significativa, especialmente em temas como teoria do desvio de poder, teoria dos motivos determinantes, contratos administrativos e responsabilidade do Estado. Porém, **no Brasil**, onde não existe o contencioso administrativo, já que todas as causas são decididas pelo Poder Judiciário (modelo inglês da jurisdição una), o **Direito Administrativo baseia-se diretamente na lei**, sendo bem menos expressiva a influência das decisões judiciais para a compreensão das questões de Direito Administrativo.

Adaptando as considerações de Rivero à nossa realidade, podemos concluir que o **Direito Administrativo no Brasil** possui **quatro características técnicas fundamentais**:

1ª) é um ramo recente;

2ª) não está codificado, pois sua base normativa decorre de legislação esparsa e codificações parciais;

3ª) adota o modelo inglês da jurisdição una como forma de controle da administração;

4ª) é influenciado apenas parcialmente pela jurisprudência, uma vez que as manifestações dos tribunais exercem apenas influência indicativa.

1.6 CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DO OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Embora não adote o contencioso administrativo, o Direito Administrativo brasileiro foi amplamente influenciado pela experiência francesa em relação a esse modelo. As causas de interesse da Administração, na França, não são julgadas pelo Poder Judiciário, mas por um complexo autônomo de órgãos administrativos. Por isso, naquele país, a busca de um critério específico capaz de identificar os temas peculiares ao direito da administração pública constitui um problema fundamental para definir as competências do Poder Judiciário e do contencioso administrativo. Além dessa razão de ordem prática, a procura por um critério definidor do objeto do Direito Administrativo foi indispensável para o reconhecimento do *status* de ramo jurídico autônomo. Segundo Diogenes Gasparini,[11] podem ser mencionadas **seis correntes principais** dedicadas a apresentar um critério unitário para a conceituação do Direito Administrativo e consequentemente a definição de seu objeto:

1) *corrente legalista*: considera que o Direito Administrativo resume-se ao conjunto da legislação administrativa existente no país. Tal critério é reducionista, pois desconsidera o papel fundamental da doutrina na identificação dos princípios básicos informadores do ramo;

---

[11] *Direito administrativo*, p. 3-6.

A prova de Procurador da AGU elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "Em face da realidade da administração pública brasileira, é juridicamente correto afirmar que o critério adotado para a conceituação do direito administrativo no país é o critério do Poder Executivo".

2) *critério do Poder Executivo*: consiste em identificar o Direito Administrativo como o complexo de leis disciplinadoras da atuação do Poder Executivo. Esse **critério é inaceitável** porque ignora que a função administrativa também pode ser exercida fora do âmbito do Poder Executivo, como ocorre nas tarefas administrativas desempenhadas pelo Legislativo e pelo Judiciário (função atípica) e também cometidas a particulares por delegação estatal (exemplo: concessionários e permissionários de serviço público);

3) *critério das relações jurídicas*: com base nesse critério, pretende-se definir o Direito Administrativo como a disciplina das relações jurídicas entre a Administração Pública e o particular. A insuficiência do critério é clara, pois todos os ramos do Direito Público possuem relações semelhantes e, além disso, muitas atuações administrativas não se enquadram no padrão convencional de um vínculo interpessoal, como é o caso da expedição de atos normativos e da gestão de bens públicos;

4) *critério do serviço público*: muito utilizado entre autores franceses na metade do século passado, tal critério considera que o Direito Administrativo tem como objeto a disciplina jurídica dos serviços públicos. O critério mostra-se, atualmente, insuficiente na medida em que a Administração Pública moderna desempenha muitas atividades que não podem ser consideradas prestação de serviço público, como é o caso do poder de polícia e das atuações de fomento (incentivo a determinados setores sociais);

5) *critério teleológico ou finalístico:* considera que o Direito Administrativo deve ser conceituado a partir da ideia de atividades que permitem ao Estado alcançar seus fins. Essa concepção é inconclusiva em razão da dificuldade em definir quais são os fins do Estado;

6) *critério negativista:* diante da complexa tarefa de identificar o objeto próprio do Direito Administrativo, alguns autores chegaram a sustentar que o ramo somente poderia ser conceituado por exclusão, isto é, seriam pertinentes ao Direito Administrativo as questões não pertencentes ao objeto de interesse de nenhum outro ramo jurídico. Tal modo de analisar o problema é insatisfatório por utilizar um critério negativo (cientificamente frágil) para estabelecer a conceituação.

Atualmente, tem predominado a adoção do **critério funcional**, segundo o qual o Direito Administrativo é o ramo jurídico que estuda a disciplina normativa da **função administrativa**, independentemente de quem esteja encarregado de exercê-la: Executivo, Legislativo, Judiciário ou particulares mediante delegação estatal.

A partir desses diferentes critérios utilizados para conceituar o objeto do Direito Administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elabora um quadro evolutivo do tema identificando **diversas escolas**:[12]

[12] *Curso de direito administrativo*, p. 44. A estrutura do quadro evolutivo e a conceituação das diferentes escolas é uma reprodução adaptada de trechos do citado administrativista.

1) Escola Francesa: também chamada de Escola Clássica ou Legalista, propunha um sentido limitativo ao conceito de Direito Administrativo, restringindo-o ao estudo das normas administrativas de determinado país.

2) Escola Italiana: igualmente adepta de uma conceituação limitativa, entendia o Direito Administrativo como o estudo dos atos do Poder Executivo. Seus grandes expoentes foram Lorenzo Meucci, Oreste Ranelletti e Guido Zanobini.

3) Escola dos Serviços Públicos: considerava o Direito Administrativo como o estudo do conjunto de regras disciplinadoras dos serviços públicos. Teve entre seus adeptos Léon Duguit e Gaston Jèze.

4) Escola do Interesse Público: entendia que a noção fundamental para conceituar o Direito Administrativo era a ideia de bem comum ou interesse público, cuja proteção seria a finalidade última do Estado.

5) Escola do Bem Público: defendida por André Buttgenbach, entendia que a noção-chave para conceituação do Direito Administrativo seria a de bem público.

6) Escola dos Interesses Coletivos: sustentava que a defesa dos interesses coletivos era a base para conceituar o Direito Administrativo.

7) Escola Funcional: procurou associar o conteúdo do Direito Administrativo ao estudo da função administrativa.

8) Escola Subjetiva: defendida no Brasil por Ruy Cirne Lima e José Cretella Júnior, centralizava a conceituação do Direito Administrativo nas pessoas e órgãos encarregados de exercer as atividades administrativas.

9) Escolas Contemporâneas: as escolas mais atuais tendem a utilizar diversos critérios combinados para oferecer um conceito mais abrangente de Direito Administrativo capaz de incluir todas as atividades desempenhadas pela Administração Pública moderna.

1.7 REGRAS, PRINCÍPIOS E NORMAS

Ao conceituar Direito Administrativo, afirmamos que é o ramo que estuda "princípios e normas". Cabe aqui um esclarecimento. Os estudos clássicos sobre o ordenamento jurídico tendem a adotar a expressão "regra jurídica" como um gênero que comporta duas espécies: os princípios e as normas.[13] Assim, a regra jurídica seria todo comando de conduta estabelecido pelo Direito. Tais regras, por sua vez, seriam de dois tipos: a) *princípios* – regras gerais norteadoras de todo o sistema jurídico; b) *normas* – comandos específicos de conduta voltados à disciplina de comportamentos determinados.

Autores mais modernos, entretanto, têm preferido abordar o problema de forma diversa.[14] **Norma jurídica** seria um **gênero**, dividido em **duas espécies**: a **regra**

[13] *Vide*, por exemplo, Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico.*

[14] É o caso de José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 18.

(norma específica disciplinadora de comportamentos específicos) e o **princípio** (regra geral de conteúdo mais abrangente do que o da norma).

A divergência não tem grande importância prática, mas é preciso reconhecer que esta última forma de classificar os comandos jurídicos tem uma vantagem: reforçar a ideia de que, assim como as regras específicas, os **princípios administrativos também são normas dotadas de força cogente capaz de disciplinar o comportamento da Administração Pública**.

Portanto, desde que não se questione a força cogente dos princípios jurídicos (possuem força cogente máxima), não faz diferença denominar os comandos mais específicos como normas ou regras.

1.7.1 Diferenças entre princípios e normas

O Direito é uma *linguagem prescritiva*, pois regula os comportamentos humanos comunicando regras obrigatórias. Essa linguagem prescritiva pode ser entendida em dois níveis diferentes: o plano do texto e o plano da regra. O texto é a forma; a regra normativa é o conteúdo do texto. As leis (texto) veiculam regras jurídicas (conteúdo). Por meio da interpretação, o operador do direito extrai a regra a partir do texto. Assim, um só diploma legal (por exemplo, o Estatuto do Servidor Público Federal – Lei n. 8.112/90) contém inúmeras regras. Essa distinção entre forma e conteúdo é indispensável para compreender muitos problemas de Direito Administrativo, como a diferença entre decreto (forma) e regulamento (conteúdo). O decreto é o continente (texto); o regulamento, o conteúdo (regra).

> DICA: "Artigos", "parágrafos", "incisos" e "alíneas" são partes integrantes do texto (forma), e não da norma (conteúdo). Por isso, em exames orais ou provas escritas, evite falar "o art. x prescreve isso ou aquilo". Dê preferência por afirmar que "a norma do art. x prescreve isso ou aquilo": é tecnicamente mais correto.

Como todo ramo jurídico, o Direito Administrativo possui dois tipos de regras cogentes: os princípios e as normas. Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência são exemplos de princípios administrativos (**art. 37**, *caput*, da Constituição Federal):

"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*"

Diante da sua direta previsão no Texto Constitucional, esses cinco princípios são chamados de princípios expressos ou explícitos.

Pelo contrário, o disposto no art. 40, § 1º, II, da CF, segundo o qual os servidores públicos são aposentados compulsoriamente aos 70 anos de idade, é uma regra.

Podemos diferenciar princípios e normas a partir de vários critérios:

a) quanto à abrangência: os princípios disciplinam maior quantidade de casos práticos; enquanto as normas são aplicáveis a um número menor de situações concretas;

b) quanto à abstração do conteúdo: os princípios possuem um conteúdo mais geral dotado de acentuado nível de abstração; já as normas têm um conteúdo reduzido à disciplina de certas condutas;

c) quanto à importância sistêmica: os princípios sintetizam os valores fundamentais de determinado ramo jurídico; enquanto as normas não cumprem tal papel dentro do sistema, apenas regulam condutas específicas;

d) quanto à hierarquia no ordenamento jurídico: como consequência da distinção anterior, os princípios ocupam posição hierarquicamente superior perante as normas, prevalecendo sobre elas em caso de conflito; as normas posicionam-se abaixo dos princípios na organização vertical do ordenamento, tendo a validade de seu conteúdo condicionada à compatibilidade com os princípios;

e) quanto à técnica para solucionar antinomias:[15] os princípios enunciam valores fundamentais do ordenamento jurídico de modo que, havendo **colisão entre dois ou mais princípios**, emprega-se a **lógica da cedência recíproca**, aplicando-se ambos, simultaneamente, mas com os conteúdos mitigados; enquanto no **conflito entre normas** surge uma questão de validade, utilizando-se da **regra do tudo ou nada**, de modo que uma norma é aplicada afastando a incidência da outra;

f) quanto ao modo de criação: os **princípios jurídicos** são revelados pela doutrina num processo denominado **abstração indutiva**, pelo qual as regras específicas são tomadas como ponto de partida para identificação dos valores fundamentais inerentes ao sistema (princípios). Desse modo, o papel desempenhado pelo legislador na criação de um princípio jurídico é indireto, pois, após criar as diversas normas do sistema, cabe à doutrina identificar os princípios fundamentais ali contidos; ao contrário das normas, que são criadas diretamente pelo legislador;

g) quanto ao conteúdo prescritivo: os princípios têm conteúdo valorativo que, muitas vezes, não prescreve uma ordem específica para regulação de comportamentos; enquanto o conteúdo das normas sempre se expressa por meio de um dos três modais **deônticos** existentes: permitido, proibido e obrigatório. Toda norma jurídica permite, proíbe ou obriga determinada conduta humana.

---

[15] Antinomia é o conflito entre regras jurídicas dentro de determinado sistema. De acordo com Norberto Bobbio, existem três critérios para solucionar antinomias: 1) critério cronológico: norma posterior revoga norma anterior; 2) critério hierárquico: norma de nível superior revoga norma inferior; 3) critério da especialidade: norma especial revoga norma geral de dois princípios. Pode, entretanto, haver conflito entre os critérios. Se o conflito for *critério hierárquico x critério cronológico*, o hierárquico prevalece (se a norma anterior superior é antinômica em relação à norma posterior inferior, prevalece a norma anterior superior). Se o conflito for *critério da especialidade x critério cronológico*, prevalece o critério da especialidade (se a norma anterior especial é incompatível com uma norma posterior geral, prevalece a norma anterior especial). Mas se o conflito for *critério hierárquico x critério da especialidade*, não existe uma solução predefinida (se norma superior geral entra em conflito com norma inferior especial, como os dois critérios são fortes, a melhor saída somente poderá ser avaliada diante do caso concreto). Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 105-110.

Modais deônticos são os conteúdos lógicos possíveis de uma norma jurídica: permitido (representado, em termos lógicos, pela letra P), proibido (letra V, inicial de *verboten,* palavra alemã que significa proibido) e obrigatório (O).

Podemos sintetizar as semelhanças e diferenças entre princípios e normas na seguinte tabela comparativa:

Comparação entre princípios e normas

	Princípios	Normas
Força cogente	Força cogente máxima	Força cogente máxima
Abrangência	Atingem maior quantidade de casos práticos	Disciplinam menos casos
Abstração do conteúdo	Conteúdo mais geral	Conteúdo mais específico
Importância sistêmica	Enunciam valores fundamentais do sistema	Somente disciplinam casos concretos
Hierarquia no ordenamento	Hierarquia superior	Hierarquia inferior
Técnica para solucionar antinomias	Cedência recíproca	Lógica do tudo ou nada
Modo de criação	Revelados pela doutrina	Criadas diretamente pelo legislador
Conteúdo prescritivo	Podem não ter modal deôntico	Sempre têm no conteúdo um modal deôntico: "permitido", "proibido" ou "obrigatório"

Importante destacar que, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os **princípios** são capazes de produzir as seguintes **espécies de eficácia**:

1) *eficácia imediata dirimente*: consiste em suprimir a produção de efeitos de normas e atos concretos incompatíveis com o princípio;

2) *eficácia imediata impediente ou redutora:* impede em parte a produção de efeitos de normas e atos concretos parcialmente incompatíveis com o conteúdo do princípio;

3) *eficácia mediata axiológica:* afirma na ordem jurídica os valores por ela protegidos;

4) *eficácia mediata monogenética:* ao reforçar determinados fundamentos finalístico-valorativos, o princípio contribui para a formação de novos princípios e preceitos específicos;

5) *eficácia mediata otimizadora:* orienta a interpretação de preceitos normativos, permitindo a mais ampla e completa aplicação de seu conteúdo valorativo;

6) *eficácia mediata sistêmica:* interconecta o conteúdo de todos os preceitos do ordenamento, garantindo unidade e coerência ao sistema;

7) *eficácia mediata integrativa:* diz respeito ao preenchimento de lacunas.

1.8 OBJETO IMEDIATO E MEDIATO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é um ramo científico que estuda uma parcela das normas componentes do ordenamento jurídico, a saber: as normas que disciplinam

o exercício da função administrativa. Assim, o **objeto imediato** do Direito Administrativo são os **princípios e normas** que regulam a função administrativa. Por sua vez, as normas e os princípios administrativos têm por objeto a disciplina das **atividades, agentes, pessoas e órgãos da Administração Pública**, constituindo o **objeto mediato do Direito Administrativo**.

1.9 DIREITO ADMINISTRATIVO COMO "DIREITO COMUM"

A complexidade das relações sociais e o desenvolvimento do conhecimento jurídico são fatores fundamentais para o processo de especialização dos ramos do direito. Com o passar do tempo, um único ramo jurídico vai se subdividindo e dando origem a novas ramificações. Cumpre relembrar que o direito em si é uno e indivisível, mas didaticamente as matérias podem ser organizadas em blocos separados para facilitar seu estudo.

Após o desmembramento e a criação de uma nova disciplina jurídica, o "ramo-mãe" permanece servindo de referência externa para a solução de questões que não possam ser resolvidas pela técnica própria do ramo especializado. Os casos mais importantes envolvem problemas de integração normativa. **Integração é** o processo técnico-jurídico utilizado para **preencher lacunas** em determinado ramo. Lacunas são hiatos na lei, espaços em branco, ausência de norma apropriada para resolver um caso concreto. Fala-se também na integração como o processo de colmatação (colmatação é a solução de um caso concreto mediante o preenchimento da lacuna jurídica) das lacunas. Nesse contexto, surge o conceito de **"direito comum" – fonte à qual se deve recorrer para suprir lacuna existente em ramo especializado**. Por ser o nascedouro de todos os ramos privatísticos, o **Direito Civil é o direito comum dos ramos de Direito Privado**. Assim, por exemplo, havendo uma lacuna no Direito Empresarial incapaz de ser preenchida mediante soluções internas desse ramo, cabe ao operador do direito recorrer às regras análogas de Direito Civil.

Ocorre que conhecida repartição didático-científica do Direito em dois blocos, Direito Público e Direito Privado, cria uma ressalva nesse processo de importação de soluções (integração). Assim, se um ramo é de Direito Público, não faz sentido recorrer às normas análogas presentes no Direito Civil. As soluções jurídicas aplicáveis a problemas privados não servem de modelo para dirimir adequadamente controvérsias que envolvem o Estado. São às normas e aos princípios administrativos que o operador do direito deve recorrer na hipótese de lacuna nos ramos juspublicísticos. **O Direito Administrativo é o direito comum dos ramos do Direito Público**.

1.10 PRESSUPOSTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O surgimento do Direito Administrativo, entendido como complexo de regras disciplinadoras da atividade administrativa, somente foi possível devido a dois **pressupostos fundamentais**: 1) a **subordinação do Estado às regras jurídicas**,

característica surgida com o advento do Estado de Direito e 2) a existência de **divisão de tarefas entre os órgãos estatais**. Dito de outro modo, a noção de Estado de Direito e a concepção da Tripartição de Poderes têm *status* de *conditio sine qua non* para a existência do Direito Administrativo.

Historicamente não havia sentido falar em um Direito Administrativo durante a Idade Média, período característico do Estado Absolutista (ou Estado de Polícia), em que inexistiam regras jurídicas colocadas acima da vontade dos monarcas. Foi somente após a **Revolução Francesa**, em **1789**, que o fortalecimento dos *Parlamentos* criou condições para estabelecerem-se regras limitadoras da atuação da administração pública. Ocorrida pouco antes da Revolução Francesa, no mesmo século XVIII, tem sido também apontada pelos estudiosos como decisiva para o nascimento da ideia de um Direito Administrativo a publicação da obra *O espírito das leis* (*L'esprit des lois,* **1748**), de Charles-Louis de Secondat, ou Charles de Montesquieu, mais conhecido como **Barão de Montesquieu**, na qual o autor defendeu a necessidade de uma distribuição do poder estatal entre órgãos distintos como um antídoto contra a concentração de poderes e os abusos que caracterizavam as monarquias absolutistas. Segundo Montesquieu, a experiência dos povos evidencia que quem tem o poder possui uma tendência a dele abusar, pondo em risco a liberdade do homem. Assim, torna-se necessário frear essa inclinação natural por meio de um sistema de controle do poder pelo poder. Muitos autores afirmam que Montesquieu não teria sido o primeiro a idealizar a tripartição de poderes, sendo comum apontar *A república* (século IV a.C.), de Platão, e os *Tratados sobre governos civis* (1689), do empirista inglês John Locke, como as verdadeiras origens da famosa teoria. Parece inegável, todavia, que a aceitação universal da repartição dos poderes estatais entre órgãos distintos, admitida como eficiente instrumento de contenção de abusos, somente foi possível devido à obra de Montesquieu.

1.11 AUTONOMIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Atualmente não existe mais controvérsia sobre a autonomia didática e científica do Direito Administrativo diante dos demais ramos jurídicos. A existência de um **objeto próprio** (regras de direito disciplinadoras do exercício da função administrativa) e a existência de **princípios específicos** (legalidade, impessoalidade, moralidade etc.) são fatores suficientes para conferir ***status* de ramo autônomo**.

1.12 ESTADO, GOVERNO, PODER EXECUTIVO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PODER EXECUTIVO E PODER PÚBLICO

O domínio dos conceitos de "Estado", "Governo", "Poder Executivo", "Administração Pública", "administração pública" (com minúscula) e "poder executivo" (com minúscula) é indispensável para compreensão de diversos temas do Direito Administrativo.

Estado é um povo situado em determinado território e sujeito a um governo. Nesse conceito despontam **três elementos**: a) **povo** é a dimensão pessoal do Estado, o conjunto de indivíduos unidos para formação da vontade geral do Estado. Povo não se confunde com *população*, conceito demográfico que significa contingente de pessoas que, em determinado momento, estão no território do Estado. É diferente também de *nação*, conceito que pressupõe uma ligação cultural entre os indivíduos; b) **território** é a base geográfica do Estado, sua dimensão espacial; c) **governo** é a cúpula diretiva do Estado. Indispensável, também, lembrar que o Estado organiza-se sob uma *ordem jurídica* que consiste no complexo de regras de direito cujo fundamento maior de validade é a **Constituição**. A *soberania* refere-se ao atributo estatal de não conhecer entidade superior na ordem externa, nem igual na ordem interna (Jean Bodin).

A prova de Técnico de Administração/PA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O Estado brasileiro é um ente personalizado formado pelos elementos povo, território e governo soberano".

A prova de Promotor de Justiça/PR considerou CORRETA a afirmação: "Segundo o escólio de Celso Ribeiro Bastos Estado 'é a organização política sob a qual vive o homem moderno (...) resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente'. Com base nesta definição podemos afirmar que os elementos fundamentais Povo, Território e Governo (Poder) ainda são os componentes básicos na constituição do Estado, segundo a doutrina".

Governo é um conceito que sofreu importante alteração de conteúdo. A concepção clássica considerava que governo era sinônimo de Estado, isto é, a somatória dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Atualmente, porém, governo, em sentido subjetivo, é **a cúpula diretiva do Estado**, responsável pela condução dos altos interesses estatais e pelo **poder político**, e cuja composição pode ser modificada mediante eleições. Nesse sentido, pode-se falar em "governo FHC", "governo Lula". Na acepção objetiva ou material, governo é a atividade diretiva do Estado.

A prova de Analista de Finanças elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O poder político de um Estado é composto pelas funções legislativa, executiva e judicial e tem por características essenciais a unicidade, a indivisibilidade e a indelegabilidade".

Poder Executivo é o complexo de órgãos estatais verticalmente estruturados sob direção superior do "Chefe do Executivo" (Presidente da República, Governador ou Prefeito, dependendo da esfera federativa analisada). Junto com o Legislativo e o Judiciário, o Executivo compõe a tripartição dos Poderes do Estado.

Administração Pública (com iniciais maiúsculas) é um conceito que não coincide com Poder Executivo. Atualmente, o termo Administração Pública designa o **conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa**, independentemente se são pertencentes ao Poder Executivo, ao Legislativo, ao Judiciário, ou a qualquer outro organismo estatal (como Ministério Público e Defensorias Públicas). Assim, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal constitui comissão de licitação para contratar determinado prestador de serviços, a

comissão e seus agentes são da Administração Pública porque e enquanto exercem essa função administrativa.

> MUITO IMPORTANTE (conceito fundamental): Administração Pública é o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do Poder a que pertençam.

Administração pública (com iniciais minúsculas) ou **poder executivo** (com minúscula) são expressões que designam a **atividade** consistente na **defesa concreta do interesse público**.

> DICA: Escrita com iniciais maiúsculas "Administração Pública" é um conjunto de agentes e órgãos estatais; grafada com minúsculas, a expressão "administração pública" designa a atividade consistente na defesa concreta do interesse público.
>
> Por isso, lembre: concessionários e permissionários de serviço público exercem administração pública, mas não fazem parte da Administração Pública.

Já o conceito de **Poder Público** em sentido orgânico ou subjetivo, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é "o complexo de órgãos e funções, caracterizado pela coerção, destinado a assegurar uma ordem jurídica, em certa organização política considerada".[16] Pode-se dizer que o autor considera Poder Público, em sentido subjetivo, como **sinônimo de Estado**. Porém, na **acepção funcional ou objetiva**, poder público significaria a própria **coerção** característica da organização estatal.

1.13 SENTIDOS DO TERMO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A expressão "Administração Pública" pode ser empregada em diferentes sentidos:[17]

1º – Administração Pública **em sentido subjetivo ou orgânico** é o conjunto de agentes, órgãos e entidades públicas que exercem a função administrativa;

A prova da Esaf para Promotor de Justiça/PE 2002 deu como CORRETA a afirmação: "A expressão Administração Pública em sentido objetivo, material ou funcional, designa a natureza da atividade exercida pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos".

2º – Administração Pública **em sentido objetivo, material ou funcional**, mais adequadamente denominada "administração pública" (com iniciais minúsculas), é a atividade estatal consistente em defender concretamente o interesse público.

1.14 TAREFAS PRECÍPUAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MODERNA

O grande número e a diversidade das atribuições cometidas ao Estado, nos dias atuais da chamada pós-modernidade,[18] não impedem a doutrina de identificar as

---

16 *Curso de direito administrativo*, p. 8.

17 Adotamos, aqui, a classificação proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 54-58.

18 Para estudo e aprofundamento do conceito de pós-modernidade, *vide* David Lyon, *Pós-modernidade*. São Paulo: Editora Paulus, 1998.

três tarefas precípuas da Administração Pública moderna, cuja ordem abaixo indicada reflete a sequência histórica exata em que as tarefas foram sendo atribuídas ao Poder Público durante os séculos XIX e XX:

1ª) o exercício do **poder de polícia**: foi a primeira missão fundamental conferida à Administração, ainda durante o século XIX, período do chamado "Estado-Polícia"[19] ou "Estado-Gendarme". O poder de polícia consiste na limitação e no condicionamento, pelo Estado, da liberdade e propriedade privadas em favor do interesse público;

2ª) a prestação de **serviços públicos**: na primeira metade do século XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), as denominadas Constituições Sociais (mexicana, de 1917 e alemã, ou de Weimar, de 1919) passaram a atribuir ao Estado funções positivas (o poder de polícia é função negativa, limitadora) de prestação de serviços públicos, como o oferecimento de transporte coletivo, água canalizada e energia elétrica;

3ª) a realização de **atividades de fomento**: já na segunda metade do século XX, a Administração Pública passou também a **incentivar setores sociais** específicos, estimulando o desenvolvimento da ordem social e **econômica**.

A prova de Fiscal do Trabalho elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A função executiva, por meio da qual o Estado realiza atos concretos voltados para a realização dos fins estatais e da satisfação das necessidades coletivas, compreende a função de governo, relacionada com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e a função administrativa, da qual se vale o Estado para desenvolver as atividades de intervenção, fomento, polícia administrativa e serviço público".

▶ LEMBRAR: As três tarefas fundamentais da Administração Pública moderna são: poder de polícia, serviço público e **fomento**.

1.15 INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito constitui uma linguagem prescritiva criada para disciplinar os comportamentos humanos, tornando possível a vida em sociedade. O cumprimento das condutas determinadas pelo ordenamento jurídico é reforçado pela previsão de sanções. Ao contrário das normas morais, estéticas e religiosas, a violação das normas jurídicas impõe ao sujeito a aplicação de sanção *externa* e *institucionalizada*. A sanção jurídica é externa porque imposta ao sujeito pela sociedade; é institucionalizada porquanto aplicada por órgãos estatais criados com essa finalidade.

O veículo introdutor de normas e sanções no Direito é o texto jurídico. Porém, para que as normas sejam cumpridas e compreendidas suas sanções, torna-se necessário extraí-las do texto legal. **Interpretação é o processo técnico que revela, a partir do texto legal, o sentido e o alcance das normas e sanções jurídicas**. Hermenêutica é a parte da Filosofia do Direito que estuda a interpretação de normas jurídicas.

---

19 Não confundir com "Estado de Polícia", designação usada para se referir ao período histórico anterior ao Estado de Direito, portanto, antes da Revolução Francesa (1789).

A interpretação das regras do Direito Administrativo está sujeita aos princípios hermenêuticos gerais estudados pela Filosofia do Direito e, subsidiariamente, às regras interpretativas próprias do Direito Privado.

Entretanto, atento às características peculiares da função administrativa, Hely Lopes Meirelles[20] indica **três pressupostos** que devem ser observados **na interpretação** de normas, atos e contratos **de Direito Administrativo**, especialmente quando utilizados princípios hermenêuticos privados para compreensão de institutos administrativos:

1º) *a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados*: ao contrário do que ocorre no Direito Privado, a relação jurídica básica no Direito Administrativo é marcada pelo desequilíbrio entre as partes ou *verticalidade* da relação;

2º) *a presunção de legitimidade dos atos da Administração*: tal atributo tem o poder de inverter o ônus da prova sobre a validade do ato administrativo, transferindo ao particular o encargo de demonstrar eventual defeito do ato administrativo;

3º) *a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público*: a lei confere ao agente público, na competência discricionária, uma margem de liberdade para que decida, diante do caso concreto, qual a melhor maneira de defender o interesse público. Essa pluralidade de comportamentos válidos, presente na prática de atos administrativos discricionários, deve ser levada em consideração na interpretação das normas de Direito Administrativo, especialmente para compreensão dos limites traçados pela lei para o exercício das competências administrativas.

Desde que observados esses três pressupostos, a interpretação de normas do Direito Administrativo é regida pelos princípios hermenêuticos da Filosofia do Direito e, subsidiariamente, do Direito Privado.

1.16 RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS

O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público porque estuda a regulação jurídica de atividades tipicamente estatais. Tem autonomia didática e científica como campo específico do saber humano e princípios e técnicas próprios para compreensão do seu objeto. Entretanto, não há dúvida de que o Direito Administrativo, embora autônomo, possui diversos pontos de conexão com outros ramos jurídicos, conforme se demonstrará a seguir.

Direito Constitucional: a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo é profunda. A Constituição de 1988 dedicou um capítulo inteiro (Capítulo VII do Título III) ao regramento da atividade administrativa, denominado "Da Administração Pública". O Texto de 1988 disciplina, entre outros, os seguintes temas de Direito Administrativo: a) desapropriação (art. 5º, XXIV); b) requisição de bens (art. 5º, XXV); c) gratuidade de certidões (art. 5º, XXXIV); d)

[20] *Direito administrativo brasileiro*, p. 47-48.

princípios do processo administrativo (art. 5º, LIV e LV); e) ação popular contra ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII); f) gratuidade na prestação de serviços públicos (art. 5º, LXXVI); g) competência para prestação de serviços públicos (arts. 21, 25 e 29); h) princípios gerais do Direito Administrativo (art. 37, *caput*); i) regime jurídico dos cargos, empregos e funções públicas (art. 37); j) organização administrativa (art. 37, XIX); k) licitações e contratos (art. 37, XXI); l) responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º); m) política urbana (arts. 182 e 183); n) reforma agrária (arts. 184 a 191).

Direito Civil: o Direito Administrativo surgiu, nas decisões do contencioso administrativo francês, como um conjunto de regras e técnicas derrogadoras do regime privado. Temas específicos, como atos da Administração e contratos estatais, até então disciplinados pelo Direito Civil, passaram a sujeitar-se a regras novas, compatíveis com o *status* privilegiado que o Poder Público gozava na condição de defensor dos interesses da coletividade. Assim, ao longo do século XIX, era construído o Direito Administrativo como um ramo autônomo em relação ao Direito Civil (à época, o direito comum). Essa circunstância histórica de passado em comum mantém o Direito Civil e o Direito Administrativo relacionados em diversos aspectos. Especialmente no que concerne à teoria do ato administrativo, contratos, pessoas da Administração indireta, servidão administrativa e bens públicos; o recurso a regras do Código Civil, para solução de problemas administrativos, é bastante frequente.

Como se vê, os fundamentos do Direito Administrativo brasileiro estão constitucionalmente disciplinados, evidenciando a vinculação entre os dois ramos.

Direito Processual Civil: o advento da lei federal do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99) reforçou a ligação que o Direito Administrativo mantém com institutos e temas do Direito Processual Civil. A base principiológica do processo administrativo é a mesma do processo civil, e até os aspectos do procedimento adotado pela Lei n. 9.784/99 tiverem notada influência dos ritos do Código de Processo Civil. Além disso, as normas aplicáveis às ações de defesa do administrado e ao procedimento seguido pela Fazenda Pública em juízo têm previsão expressa na legislação processual civil. Merece destaque também o regramento processual da Ação de Improbidade Administrativa, previsto na Lei n. 8.429/92, importante instrumento introduzido pela Constituição de 1988 para dar um contorno mais definido ao princípio da moralidade administrativa.

Direito do Trabalho: o regime jurídico aplicado aos empregados públicos é, essencialmente, o previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Além disso, diversos direitos consagrados na legislação trabalhista aos empregados públicos e privados foram constitucionalmente estendidos aos servidores públicos estatutários (art. 39, § 3º, da CF), tais como: a) salário mínimo; b) décimo terceiro salário; c) salário-família; d) duração da jornada de trabalho; e) repouso semanal remunerado; f) adicional de serviço extraordinário; g) adicional de férias; h) licença à gestante; i) licença-paternidade; j) proteção do trabalho da mulher; k) redução dos riscos do trabalho; l) proibição de diferenças salariais.

Tais exemplos comprovam a estreita relação que o Direito Administrativo entretém com o Direito do Trabalho.

Direito Penal: as condutas reveladoras de maior lesividade à Administração Pública estão tipificadas como "Crimes contra a Administração Pública", cujas punições são indicadas nos arts. 312 a 319 do Código Penal. Tal circunstância já seria suficiente para demonstrar a estreita relação que o Direito Administrativo mantém com o Direito Penal. Além disso, a perda do cargo público constitui efeito das condenações criminais, o que consiste em claro reflexo administrativo da jurisdição penal.

Direito Processual Penal: os procedimentos adotados para apuração e julgamento dos crimes contra a Administração Pública fazem parte do campo específico de interesses do Direito Processual Penal, outro ramo do Direito Público com o qual o Direito Administrativo guarda relação de proximidade e cooperação.

Direito Tributário: é uma especialização do Direito Administrativo, tendo surgido a partir da identificação de princípios específicos reguladores das atividades estatais de criação e arrecadação de tributos. O Direito Tributário aproveita toda a base principiológica do Direito Administrativo, especialmente porque a exigência de tributos consiste em clara manifestação da função administrativa. O aparato estatal de cobrança tributária, conhecido como Fisco, é parte integrante da Administração Pública em sentido orgânico, fato reconhecido pelo próprio Código Tributário Nacional ao utilizar a expressão "Administração Tributária" para se referir à Fazenda Pública (arts. 194 a 208 do CTN). Além disso, o lançamento tributário é qualificado pelo CTN como "procedimento administrativo", e a certidão da dívida ativa (CDA) é revestida, segundo o legislador, de "presunção de liquidez e certeza", nome empregado no sentido de presunção de legitimidade, conhecido atributo dos atos administrativos. Apenas para indicar outro exemplo de profunda relação entre os dois ramos, o art. 145, II, da Constituição Federal, ao definir o fato gerador das taxas, assevera que podem ser cobradas, para remunerar *serviço público específico e divisível* ou exercício efetivo do *poder de polícia*, duas modalidades de manifestação da função administrativa.

Direito Financeiro: o Direito Financeiro, compreendido como o ramo do Direito Público que estuda a disciplina jurídica das receitas e despesas públicas, também entretém profundo relacionamento com o Direito Administrativo na medida em que as entidades, órgãos e agentes encarregados da gestão das receitas e despesas estatais pertencem à Administração Pública, sujeitando-se inevitavelmente aos princípios e normas do regime jurídico-administrativo.

Direito Econômico: sub-ramo do Direito Administrativo, o Direito Econômico é especializado na compreensão das regras jurídicas e instrumentos aplicáveis à regulação estatal da economia. Assim, as formas de intervenção no mercado estudadas pelo Direito Econômico são, na verdade, manifestações do *poder de polícia* da Administração Pública, submetidas aos princípios e normas do Direito Administrativo. A título de exemplo de conexão entre os dois ramos, o Conselho Administrativo de

Defesa Econômica (Cade), autarquia federal competente para prevenir e reprimir infrações à ordem econômica (art. 7º da Lei n. 8.884/94), aplica as sanções previstas em lei mediante procedimento específico caracterizado como processo administrativo sancionatório, submetido, no que couber, ao regime jurídico da legislação administrativa, especialmente quanto às garantias formais e materiais do investigado.

Direito Urbanístico: o Direito Urbanístico também constitui sub-ramo do Direito Administrativo voltado para o estudo da disciplina normativa dos instrumentos para implementação da política urbana. Desse modo, todos os princípios e normas do Direito Administrativo aplicam-se, no que não contrariar regras específicas previstas na legislação, ao campo de interesse do Direito Urbanístico.

Direito Ambiental: outro ramo novo surgido como especialização do Direito Administrativo, o Direito Ambiental utiliza inúmeros institutos administrativos como instrumentos para proteção do meio ambiente. Os exemplos mais evidentes desses institutos de Direito Administrativo são: tombamento, limitação administrativa, sanções administrativas, poder de polícia, poder normativo, processo administrativo e zoneamento ambiental.

Direito Empresarial: em que pese constituir ramo do Direito Privado, o Direito Empresarial também se relaciona com o Direito Administrativo, especialmente no tocante ao tema das empresas públicas e sociedades de economia, pois a forma organizacional e o regime falimentar dessas pessoas de direito privado pertencentes à Administração Indireta seguem a disciplina normativa estabelecida pela legislação comercial.

Direito Internacional Público: é cada vez mais notável a influência dos tratados e convenções internacionais no Direito Administrativo interno. As regras jurídicas originárias dos pactos internacionais de que o Brasil é signatário ingressam no ordenamento nacional dotadas de força cogente, vinculando os órgãos e agentes da Administração Pública, especialmente em matéria de direitos humanos, caso em que os tratados e convenções internacionais adquirem internamente o *status* de norma constitucional, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, § 3º, da CF).

1.17 CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo pátrio, assim como ocorre na maioria dos países modernos, não está organizado em um diploma único. **Nosso Direito Administrativo não está codificado**.

De acordo com Hely Lopes Meirelles,[21] existem **três estágios** pelos quais um novo ramo jurídico passa rumo à codificação:

1º) Fase da legislação esparsa: nessa etapa as normas pertencentes ao ramo jurídico estão distribuídas em diplomas legislativos diversos, sem qualquer sentido de sistematização. É a situação atual do Direito Ambiental no Brasil.

---

21 *Direito administrativo brasileiro*, p. 46.

2º) Fase da consolidação: após a fase da legislação esparsa, costuma-se avançar para a elaboração de codificações parciais, conferindo certa organização à disciplina normativa de temas pontuais dentro do ramo jurídico. Em momento seguinte, pode ocorrer de as leis mais importantes do ramo serem agrupadas em um diploma legislativo único chamado de "consolidação" ou "coletânea". A consolidação não se caracteriza como um verdadeiro código, na medida em que lhe faltam a unidade lógica e a sistematização racional, impossíveis de se obter com a simples justaposição de leis distintas. Na fase da consolidação encontra-se, no Brasil, o Direito do Trabalho.

3º) Fase da codificação: finalmente, superadas as etapas da legislação esparsa e da consolidação, dá-se a codificação do direito por meio da organização, em diploma legislativo único, dos princípios e normas mais relevantes para aquele ramo. É o caso, no Brasil, do Direito Civil, do Direito Processual Civil, do Direito Penal, entre outros. É importante frisar que a codificação não exclui a possibilidade de existirem leis extravagantes. O código reunirá os temas centrais, sem prejuízo de outros diplomas normativos disciplinarem temas específicos *a partir das regras gerais codificadas*. Serve de exemplo a situação do Direito Civil brasileiro, ramo codificado (Lei n. 10.406/2002 – Código Civil), mas com diversas leis esparsas, como a Lei de Locações (8.245/91) e a Lei do Bem de Família (Lei n. 8.009/90).

Cabe ressaltar que a **codificação não tem necessariamente relação direta com o estágio evolutivo de determinado ramo**. A ausência de um código não significa atraso ou falta de amadurecimento científico. A não codificação pode ser resultado de uma simples opção política do legislador.

> PERGUNTA: Em qual fase se encontra o Direito Administrativo no Brasil? Resposta: **O Direito Administrativo no Brasil está na fase da codificação parcial (um subestágio dentro da fase da consolidação)**. Essa é também a opinião de Hely Lopes Meirelles: "entre nós, os estágios antecedentes da codificação administrativa já foram atingidos e se nos afiguram superados pela existência de vários códigos parciais (*Código da Contabilidade Pública, Código de Águas, Código da Mineração, Código Florestal etc.*)".[22]

Outra informação importante: a falta de codificação não induz à ausência de autonomia. O ramo pode ser autônomo e não estar codificado, como é o caso do próprio Direito Administrativo.

Portanto, não se devem confundir as fases tendentes à codificação com o *processo de reconhecimento da autonomia*. Para ser reconhecida a autonomia de determinado ramo, normalmente é preciso atender aos seguintes pressupostos: 1º) identificação de parcela do objeto, dentro do ramo-mãe, submetida a um regramento peculiar; 2º) reunião de temas em torno de valores sistêmicos comuns, definindo-se princípios específicos capazes de conferir unidade ao novo grupo de assuntos; e 3º) obtenção de um ganho de conhecimento decorrente do desmembramento.

---

22 *Direito administrativo brasileiro*, p. 46.

É bastante debatida a questão das vantagens e desvantagens da codificação do Direito Administrativo.

A **favor da codificação,** podem ser levantados os seguintes argumentos:

1) favorece a **segurança jurídica**;

2) cria maior **transparência no processo decisório**;

3) aumenta a **previsibilidade** das decisões;

4) beneficia a **estabilidade social**;

5) facilita o **acesso da população** para conhecimento das regras vigentes;

6) permite uma **visão panorâmica do ramo**;

7) oferece melhores condições de **controle da atuação estatal**.

Por outro lado, **contra a codificação,** alguns autores invocam os argumentos abaixo:

1) risco de **estagnação do Direito**;

2) gera a constante **desatualização do código** diante da aprovação de posteriores leis extravagantes;

3) a **competência concorrente** para legislar sobre Direito Administrativo impossibilitaria a codificação aplicável a todas as esferas federativas;

4) a grande **diversidade de temas**, dificultando o trabalho de compilação.

Quadro sinóptico de argumentos sobre a codificação do Direito Administrativo

Argumentos *a favor* da codificação do DA	Argumentos *contrários* à codificação do DA
Segurança jurídica	Estagnação do Direito
Transparência do processo decisório	Desatualização constante
Previsibilidade das decisões	Competência concorrente
Estabilidade social	Diversidade de temas
Acesso da população	
Visão panorâmica	
Controle da atuação estatal	

DICA: O que defender na prova? Diante da maior quantidade e qualidade da argumentação, sustente a posição FAVORÁVEL À CODIFICAÇÃO. Além dos argumentos apresentados, afirme que essa é a opinião de Hely Lopes Meirelles (um dos poucos autores importantes que se manifestou sobre a controvérsia) e, se lembrar, faça referência à experiência positiva do Código Administrativo de Portugal.[23]

1.18 FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fonte é o local de onde algo provém. No Direito, as *fontes* são os **fatos jurídicos de onde as normas emanam**. As fontes jurídicas podem ser de dois tipos: a) *pri-*

[23] *Vide* Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 45-47.

márias, maiores ou diretas: são o nascedouro principal e imediato das normas; e b) *secundárias, menores ou indiretas*: constituem instrumentos acessórios para originar normas, derivados de fontes primárias.

A prova de Procurador da AGU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Não obstante o princípio da legalidade e o caráter formal dos atos da administração pública, muitos administrativistas aceitam a existência de fontes escritas e não escritas para o direito administrativo, nelas incluídas a doutrina e os costumes; a jurisprudência é também considerada por administrativistas como fonte do direito administrativo, mas não é juridicamente correto chamar de jurisprudência uma decisão judicial isolada".

No Direito Administrativo, somente a **lei** constitui **fonte primária** na medida em que as demais fontes (secundárias) estão a ela subordinadas. **Doutrina, jurisprudência** e **costumes** são **fontes secundárias**.

Lucia Valle Figueiredo não admite que os costumes sejam fontes do Direito Administrativo (visão minoritária) (*Curso de direito administrativo,* p. 46).

A **lei** é o único veículo habilitado para criar diretamente deveres e proibições, obrigações de fazer ou não fazer, no Direito Administrativo. Esse é o sentido da regra estabelecida no art. 5º, II, da Constituição Federal: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Por lei deve-se entender aqui **qualquer veículo normativo** que expresse a vontade popular: Constituição Federal, emendas constitucionais, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas, leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, decretos legislativos, resoluções e medidas provisórias. Somente tais veículos normativos criam originariamente normas jurídicas, constituindo as únicas fontes diretas do Direito Administrativo.

A **doutrina** não cria diretamente a norma, mas esclarece o sentido e o alcance das regras jurídicas conduzindo o modo como os operadores do direito devem compreender as determinações legais. Especialmente quando o conteúdo da lei é obscuro, uma nova interpretação apresentada por estudiosos renomados tem um impacto social similar ao da criação de outra norma.

A **jurisprudência**, entendida como reiteradas decisões dos tribunais sobre determinado tema, não tem a força cogente de uma norma criada pelo legislador, mas influencia decisivamente a maneira como as regras passam a ser entendidas e aplicadas.

▶ ATENÇÃO: Diferente é a situação se o entendimento jurisprudencial estiver previsto em **Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal**. Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda n. 45/2004: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei". A **Súmula Vinculante é de cumprimento obrigatório pela Administração Pública**, revestindo-se de força cogente para agentes, órgãos e entidades administrativas.

Os **costumes** são práticas reiteradas da autoridade administrativa capazes de estabelecer padrões obrigatórios de comportamento. Ao serem repetidos constantemente, criam o hábito de os administrados esperarem aquele modo de agir, causando incerteza e instabilidade social sua repentina alteração. É nesse sentido que os costumes constituem fontes secundárias do Direito Administrativo. Importante relembrar que os costumes não têm força jurídica igual à da lei, razão pela qual só podem ser considerados vigentes e exigíveis quando não contrariarem nenhuma regra ou princípio estabelecido na legislação. **Costumes *contra legem* não se revestem de obrigatoriedade**.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do que chama de **fontes inorganizadas** do Direito Administrativo, diferencia o costume da praxe administrativa.[24]

Enquanto, para o autor, o costume caracteriza-se pelo uso e a convicção generalizada da necessidade de sua cogência, a **praxe administrativa** é basicamente uma **prática burocrática rotineira** adotada por conveniência procedimental, desprovida do reconhecimento de sua indispensabilidade. De modo geral, a praxe administrativa **não é** considerada **fonte do Direito Administrativo**, mas pode ser utilizada como um meio útil para solucionar casos novos, desde que não contrarie alguma regra ou garantia formalmente estabelecida.

1.19 SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

Dois são os sistemas de controle das atividades administrativas: a) sistema da jurisdição una (modelo inglês); e b) sistema do contencioso administrativo (modelo francês).

1.19.1 Sistema da jurisdição una

No sistema da jurisdição una **todas as causas**, mesmo aquelas que envolvem interesse da Administração Pública, **são julgadas pelo Poder Judiciário**. Conhecido como modelo inglês, por ter como fonte inspiradora o sistema adotado na Inglaterra, é a **forma de controle existente atualmente no Brasil**. É o que se pode concluir do comando previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. O referido preceito atribui ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, não importando se a demanda envolve interesse da **Administração Pública**. E mais: como a separação de Poderes é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, da CF), podemos entender que o art. 5º, XXXV, do Texto Maior, proíbe, definitivamente, a adoção do contencioso administrativo no Brasil, pois este último sistema representa uma diminuição das competências jurisdicionais

A prova de Analista Técnico da Susep elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O sistema adotado, no ordenamento jurídico brasileiro, de controle judicial de legalidade, dos atos da Administração Pública, é o da chamada jurisdição única".

[24] *Curso de direito administrativo*, p. 75.

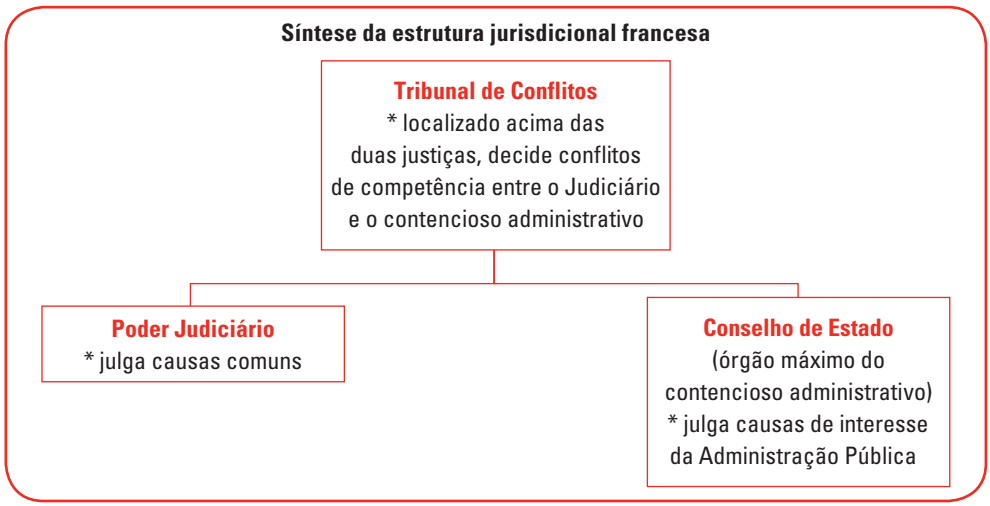
do Poder Judiciário, de modo que a emenda constitucional que estabelecesse o contencioso administrativo entre nós tenderia a abolir a Tripartição de Poderes.

1.19.2 Sistema do contencioso administrativo

O sistema do **contencioso administrativo**, ou modelo francês, é adotado especialmente na França e na Grécia. O contencioso administrativo **caracteriza-se pela repartição da função jurisdicional entre o Poder Judiciário e tribunais administrativos**. Nos países que adotam tal sistema, o Poder Judiciário decide as causas comuns, enquanto as demandas que envolvam interesse da Administração Pública são julgadas por um conjunto de órgãos administrativos encabeçados pelo **Conselho de Estado**.

O modelo do contencioso administrativo foi criado na França e sua existência está vinculada a particularidades históricas daquele país. Antes da Revolução (1789), a França era uma monarquia absolutista com todos os poderes estatais centralizados na figura do rei. Os órgãos judiciais então existentes eram nomeados pelo monarca e raramente prolatavam sentenças contrárias ao interesse da Coroa. Com a Revolução Francesa, e a superação do Antigo Regime, foi aprovada uma lei, no ano de 1790, que proibia os magistrados de decidir causas de interesse da Administração Pública. Convém lembrar que a França é o berço da **Teoria da Tripartição de Poderes**, de Montesquieu, teoria essa cuja aplicação **foi radicalizada** a ponto de considerar-se uma interferência indevida na independência da Administração o julgamento de suas demandas pelo Poder Judiciário. Criou-se, então, um conjunto apartado de órgãos decisórios **formando uma justiça especial somente para decidir causas de interesse da Administração**.

Acima do Conselho de Estado e dos órgãos do Judiciário situa-se, na estrutura francesa, o Tribunal de Conflitos, com atribuições para julgar conflitos de competência entre as duas justiças.


Síntese da estrutura jurisdicional francesa
Tribunal de Conflitos
* localizado acima das duas justiças, decide conflitos de competência entre o Judiciário e o contencioso administrativo
Poder Judiciário
* julga causas comuns
Conselho de Estado
(órgão máximo do contencioso administrativo)
* julga causas de interesse da Administração Pública

O modelo do contencioso administrativo não tem qualquer paralelo com órgãos e estruturas atualmente existentes **no Brasil**.

É bom lembrar que no sistema francês as decisões proferidas pelos tribunais administrativos não podem ser submetidas à apreciação pelo Poder Judiciário. É bastante diferente do que ocorre com os tribunais administrativos brasileiros, por exemplo, o Conselho de Contribuintes (segunda instância administrativa do Fisco). No Brasil, as decisões dos tribunais administrativos sempre estão sujeitas a controle judicial. Assim, constitui grave erro referir-se a qualquer modalidade de contencioso administrativo em **nosso país**. Aqui, não há **dualidade** de jurisdição.

Na prova da AGU/2006, o Cespe considerou ERRADA a afirmação: "No Brasil, sempre se afastou a ideia de coexistência de uma justiça administrativa e de uma justiça praticada com exclusividade pelo poder judiciário, razão pela qual é adotado, no país, o sistema contencioso".

▶ CUIDADO: Hely Lopes Meirelles ensina que a adoção da jurisdição una ou do contencioso administrativo leva em conta o **predomínio de um dos sistemas**.[25] Mesmo na França, berço do modelo do contencioso administrativo, há algumas causas de interesse da Administração que são julgadas no Judiciário, como: a) litígios decorrentes de atividades administrativas de caráter privado; b) causas relacionadas ao estado e à capacidade das pessoas; c) demandas que se refiram à propriedade privada.

▶ IMPORTANTE: A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema da jurisdição una (art. 5º, XXXV). Entretanto, já houve previsão constitucional de contencioso administrativo no Brasil. Sob a égide da Carta de 1967, a Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, autorizou a criação de contenciosos administrativos federais e estaduais para decisão de questões fiscais, previdenciárias e de acidentes de trabalho, mas que nunca chegaram a existir ("Art. 203. Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho").

1.20 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

A competência para criar leis sobre Direito Administrativo, **em regra**, é **CONCORRENTE** entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Municípios que não participam de competências concorrentes (o art. 24 da CF de 1988 não incluiu o **Município** no rol dos detentores de competência concorrente: "*Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre...*") também podem criar leis sobre Direito Administrativo, não com base na competência concorrente, mas a partir do **interesse local** (art. 30, I, da CF).

Porém, algumas matérias do Direito Administrativo são **exceção** à regra da competência concorrente. É o caso da competência para **legislar sobre desapropriação**, que é **privativa da União** (art. 22, II, da CF).

---

25 *Direito administrativo brasileiro*, p. 52.

> ATENÇÃO: Não confundir a competência para criar leis sobre desapropriação (privativa da União) com a competência para proceder a desapropriações, comum a todas esferas federativas e algumas pessoas da Administração Indireta.

Além da desapropriação, único exemplo importante para concursos, também compete privativamente à União legislar sobre os seguintes temas de Direito Administrativo (incisos do art. 22 da CF):

a) direito marítimo, aeronáutico e espacial (inciso I);

b) requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (inciso III);

c) águas, energia, telecomunicações e radiodifusão (inciso IV);

d) serviço postal (inciso V);

e) diretrizes da política nacional de transportes (inciso IX);

f) regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (inciso X);

g) trânsito e transporte (inciso XI);

h) jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (inciso XII);

i) competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais (inciso XXII);

j) registros públicos (inciso XXV);

k) atividades nucleares de qualquer natureza (inciso XXVI);

l) normas gerais de **licitação** e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista (inciso XXVII); existe uma controvérsia doutrinária sobre a natureza da competência para legislar sobre licitações e contratos administrativos. Note que a Constituição afirma ser privativa da União a competência para editar "normas gerais" sobre licitação, abrindo espaço para outras entidades federativas baixarem normas específicas, o que significa, portanto, que a competência para legislar sobre licitações e contratos, na verdade, é CONCORRENTE (posição doutrinária majoritária). Houve um erro de alocação do inciso XXVII, pois deveria estar no art. 24, e não no art. 22. Mas, se na prova for indagada a questão "nos termos da Constituição", deve-se responder que a competência é mesmo privativa da União, pois é isso que está escrito;

m) defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional (inciso XXXVIII).

1.21 RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é basicamente disciplinado por meio de **lei ordinária**, promulgada pelo parlamento da entidade federativa competente para legislar a matéria objeto da lei. Desse modo, no **âmbito federal**, é de se admitir a edição de

medidas provisórias versando sobre praticamente todos os temas do Direito Administrativo, observadas as vedações materiais elencadas no art. 62, § 1º, da Constituição Federal (*"§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares; II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III – reservada a lei complementar; IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República"*).

Como as medidas provisórias são editadas pelo Presidente da República, que é o Chefe do Poder Executivo federal, elas não podem versar sobre temas de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sob pena de violência à autonomia dos entes federativos.

Porém, **alguns poucos** temas de Direito Administrativo estão constitucionalmente submetidos à reserva de **Lei Complementar**, só podendo ser veiculados por esta espécie normativa. É o caso, principalmente, da definição das **áreas de atuação das fundações governamentais** (art. 37, XIX, da CF). Sobre tema sujeito a reserva de lei complementar, é **vedada** a edição de **medida provisória** (art. 62, § 1º, III, da CF).

A prova de Fiscal do Trabalho elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a distinção entre a lei complementar e a lei ordinária não se situa no plano da hierarquia, mas no da reserva de matéria".

1.22 INICIATIVA DE PROJETOS DE LEI

O processo para criação de uma lei, conhecido como processo legislativo, inicia-se com a elaboração de um projeto de lei. Este, na maioria das vezes, pode ser feito tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo. Essa é a **regra geral** no Direito Administrativo: a **competência** para iniciativa do projeto de lei é **comum entre o Legislativo e o Executivo** da esfera federativa habilitada constitucionalmente para legislar sobre a matéria.

Entretanto, o art. 61, § 1º, da Constituição Federal, cria **exceções** a essa regra, prescrevendo que são **de iniciativa reservada ao Presidente da República** as leis que:

I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Minis-

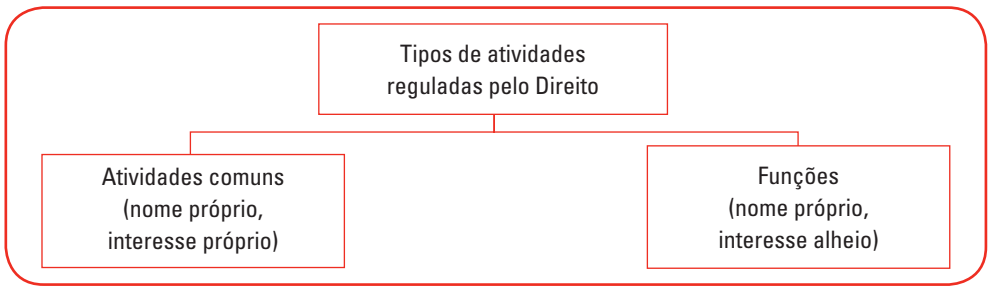
térios e órgãos da administração pública; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

> DICA: Para memorizar a regra de que é vedada edição de medidas provisórias sobre temas submetidos à reserva de lei complementar, use a frase mnemônica: "temas de LC não admitem MP".

1.23 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Conforme visto na abertura deste capítulo, o Direito Administrativo pode ser conceituado como o ramo do Direito Público que estuda princípios e normas reguladores do exercício da função administrativa. É possível notar que "função administrativa" é noção indispensável para compreender o Direito Administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o termo **"função"** no direito designa toda **atividade exercida** por alguém **na defesa de interesse alheio**. Nas palavras do autor: "Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem".[26] O direito regula basicamente dois tipos de atividades: a) atividades comuns: exercidas em nome próprio na defesa de interesse próprio; e b) atividades funcionais ou simplesmente funções: desempenhadas em nome próprio na defesa de interesse de terceiros.


Tipos de atividades reguladas pelo Direito
Atividades comuns (nome próprio, interesse próprio)
Funções (nome próprio, interesse alheio)

A título de exemplo, exercem atividades funcionais: a) o advogado, na defesa dos interesses do cliente; b) o empresário artístico, na defesa dos interesses do seu contratado; c) o procurador, na defesa dos interesses de quem ele representa; d) o tutor, na defesa dos interesses do tutelado; e) o curador na defesa dos interesses do curatelado.

A ideia de função é importantíssima para nós na medida em que o Direito Administrativo só estuda atividades funcionais, isso porque o **agente público** exerce função, pois **atua** em nome próprio **na defesa dos interesses da coletividade** (interesse público). Desse modo, a título de primeira aproximação, pode-se dizer que a função administrativa é aquela exercida pelos agentes públicos na defesa dos interesses públicos.

---

[26] *Curso de direito administrativo*, p. 71.

É preciso, todavia, fazer uma observação fundamental. Foi dito que os agentes atuam na defesa do *interesse público*. A expressão "interesse público" pode ser compreendida em dois sentidos diferentes: a) interesse público primário; b) interesse público secundário.

A diferença entre interesse público primário e secundário foi difundida por **Renato Alessi**,[27] sendo adotada pela totalidade dos administrativistas brasileiros.

Interesse público **primário** é o verdadeiro interesse **da coletividade**, enquanto interesse público **secundário** é o **interesse patrimonial do Estado** como pessoa jurídica. A distinção é relevante porque os interesses do Estado podem não coincidir com os da sociedade. São exemplos de interesse público secundário: a interposição de recurso com finalidade estritamente protelatória, o aumento excessivo de tributos e a **demora para pagamento de precatório**.[28]

Note a seguinte assertiva considerada CORRETA pela prova da Magistratura/SP 2009 sobre o atraso no pagamento de precatório: "A demora da Administração Pública em cumprir com a obrigação de saldar os débitos líquidos, certos e devidamente requisitados pelo Poder Judiciário por meio de precatório judicial, ainda que sob a ótica doutrinária, ofende o princípio da supremacia do interesse público primário do Estado, considerando que a demora da solução dos precatórios atende exclusivamente ao interesse secundário do Estado".

Na defesa dos interesses secundários, a Administração Pública poderia utilizar conceitos, institutos e formas próprios do Direito Privado.

Interesses públicos secundários só terão legitimidade quando forem instrumentais para o atingimento dos primários.[29]

Adotando **visão minoritária**, Ricardo Marcondes Martins rejeita autonomia ao denominado **interesse público secundário**, considerando que este somente será acatado pelo ordenamento quando for **coincidente com o interesse público primário**.[30]

---

27 Renato Alessi: conhecidíssimo administrativista italiano, é para os doutrinadores brasileiros talvez o mais influente autor estrangeiro do século XX. Sugestão de leitura: *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, em italiano, Editora Giuffre. Existe também uma raríssima tradução para o espanhol. Sugestão de leitura: *Instituciones de derecho administrativo*, Bosch Casa Editorial.

28 A jurisprudência do STJ é rica em decisões que distinguem interesse público primário de interesse público secundário.

1 – Considerando que a AGU é incumbida da defesa do interesse público patrimonial secundário da União (REsp 1074750/RO).

2 – O interesse estatal de não realizar o pagamento de indenização à qual foi condenado constitui interesse público secundário (REsp 1046519/AM).

3 – No julgamento do MS 11308/DF, o tribunal detalha sua compreensão sobre interesse público secundário no seguinte trecho: *"O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao 'interesse público'. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio".*

29 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 7.

30 Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista trimestral de direito público*, v. 54, Editora Malheiros, p. 200.

Importante mencionar a opinião de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, segundo quem a Administração está proibida de **defender interesses públicos secundários** desvinculados dos interesses públicos primários, sob pena de **violação do princípio da impessoalidade**.[31]

▶ ATENÇÃO: Somente o interesse público primário tem supremacia sobre o interesse particular. Interesse público secundário não tem supremacia.

Comparação entre interesse público primário e interesse público secundário

Interesse público primário	Interesse público secundário
Verdadeiro interesse da coletividade	Mero interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica
Deve ser defendido sempre pelo agente	Só pode ser defendido quando coincidir com o primário
Tem supremacia sobre o interesse particular	Não tem supremacia sobre o interesse particular
Exemplo: não postergar o pagamento de indenização	Exemplo: recursos protelatórios e demora no pagamento de precatório

1.23.1 Conceito

A prova de Procurador do Estado/RN elaborada pela FCC considerou ERRADA a afirmação: "Sobre a função administrativa é correto afirmar que existe exclusivamente no seio do Poder Executivo, único apto a editar atos administrativos".

A função administrativa pode ser conceituada como aquela **exercida preponderantemente pelo Poder Executivo**, com **caráter infralegal** e mediante a utilização de **prerrogativas instrumentais**. Vamos analisar os elementos componentes do conceito.

1) A função administrativa é exercida preponderantemente pelo Poder Executivo

A prova de Analista Judiciário do TJ/TO elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A República Federativa do Brasil adota a teoria da tripartição de poderes, prevendo, ainda, que sejam eles independentes e harmônicos entre si".

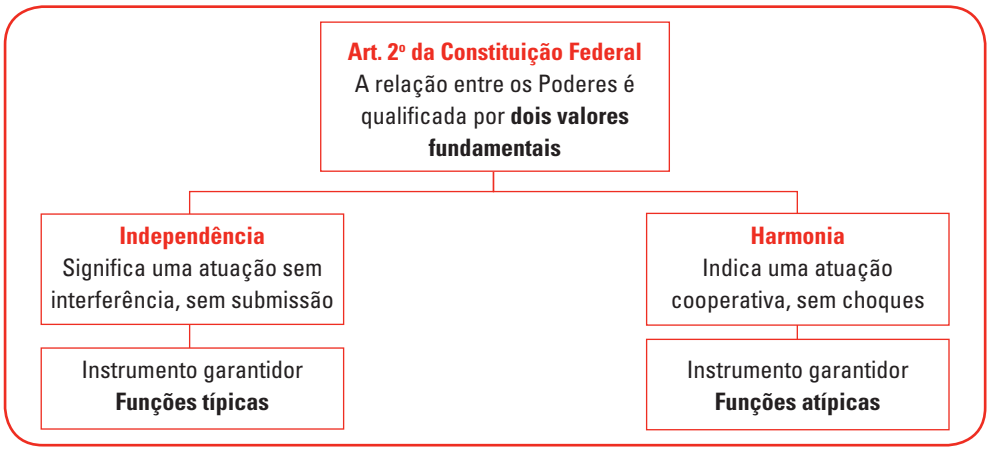
Como se sabe, o art. 2º da Constituição Federal enunciou o princípio da Tripartição de Poderes nos seguintes termos: "São Poderes da União, **independentes e harmônicos** entre si, **o Legislativo, o Executivo e o Judiciário**". Interessante notar que o constituinte utilizou duas qualificações para se referir à relação entre os Poderes: são **independentes** e **harmônicos**. Poderiam ser somente independentes, com funções estanques e incomunicáveis atribuídas a cada um. Ou, então, poderiam ser só harmônicos, distribuindo-se todas as tarefas governamentais a cada um deles sem apontar funções precípuas de um ou de outro. Mas a Constituição Federal quis mais: os Poderes serão independentes e harmônicos.

31 *Curso de direito administrativo*, p. 104.

Note que, ao longo do Texto de 1988, existem mecanismos para preservar a independência e, ao mesmo tempo, ferramentas para garantia da harmonia. A principal forma de preservar a independência é atribuir a cada Poder uma função própria (função típica) e exercida predominantemente por um deles, sem interferência externa. De outro lado, a mais importante maneira de garantir a harmonia é permitir que cada Poder, além de sua tarefa preponderante, exerça também, em caráter excepcional, atividades próprias dos outros dois (função atípica). Resumindo: as **funções típicas** são o mais importante instrumento garantidor da **independência**; as **funções atípicas** constituem ferramenta indispensável para viabilizar a **harmonia** entre os Poderes.

Função típica é a tarefa precípua de cada Poder.

A função típica do **Poder Legislativo** é a criação da norma, a **inovação originária na ordem jurídica**.[32] É certo que qualquer ato jurídico, ainda que praticado por particulares, inova no ordenamento, pois desencadeia o surgimento de direitos e obrigações predefinidos na legislação. Mas constitui uma inovação derivada, na medida em que os efeitos produzidos pelo ato já estavam latentes na ordem jurídica. Porém, a inovação originária, caracterizada pela criação direta de efeitos jurídicos, é virtude exclusiva da lei. Nesse sentido, diz-se que somente o Legislativo exerce uma **função primária**, uma vez que sua tarefa típica é a única que estabelece normas novas, ao passo que o Judiciário e o Executivo aplicam a norma que o parlamento criou. Esse caráter primário da atuação legislativa é coerente com a origem do Estado de Direito. Como se sabe, historicamente os parlamentos surgiram como legítimos representantes do povo, enquanto o Poder Executivo, herdeiro da função antes exercida pelos monarcas, representava diretamente os interesses do Estado. O sentido maior da Revolução Francesa e dos movimentos constitucionalistas foi a ampliação das competências do parlamento em relação aos outros Poderes. Assim, atualmente, considera-se que as **leis** constituem direta **manifestação da vontade popular** (art. 1º, parágrafo único, da CF), e a primariedade da função legislativa reforça que Executivo e Judiciário são meros aplicadores da vontade do povo.



[32] O conceito é da lavra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

A função típica do **Poder Judiciário** é **solucionar**, definitivamente, **conflitos de interesse**, mediante a provocação do interessado. Nesse sentido, trata-se de função secundária, pois pressupõe a existência da norma que o parlamento criou. Qualquer pessoa pode solucionar conflitos de interesse, apaziguando, aconselhando os envolvidos. Mas a **imutabilidade** da solução é exclusividade do Poder Judiciário. Outra característica da atividade jurisdicional é a **inércia**, o que significa dizer que o Judiciário constitui **Poder estático**, dependente, para agir, de provocação do interessado.

A prova de Procurador do Estado/RN elaborada pela FCC considerou ERRADA a afirmação: "Sobre a função administrativa é correto afirmar que se caracteriza por prover de maneira imediata e concreta às exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos. É imparcial, concreta e subordinada".

Definir a função típica do **Poder Executivo** já não é algo tão intuitivo como nos casos anteriores. A função típica do Poder Executivo é a **função administrativa**, consistente **na defesa concreta do interesse público**. A função administrativa foi definida por Seabra Fagundes como aquela consistente em "aplicar a lei de ofício". Assim, tem-se a impressão de que o conceito tradicional apresentado pelo grande Seabra Fagundes é mais bem compreendido com a inversão dos termos da frase: a função administrativa consiste em **aplicar de ofício a lei**. Isso porque, assim como ocorre com a função jurisdicional, a função administrativa também **é secundária** no sentido de somente aplicar, na prática, a lei criada pelo parlamento. Entretanto, as duas funções, a jurisdicional e a administrativa, possuem uma diferença fundamental: enquanto o Judiciário depende de provocação para que possa julgar aplicando a lei ao caso concreto, o Poder Executivo "aplica de ofício a lei", **sem necessidade de provocação**. Vale dizer, o Poder Executivo é **dinâmico**, pois sua atividade de aplicação da lei é desempenhada de ofício.

▶ DICA: Todas as competências da Administração Pública podem ser desempenhadas mediante provocação do interessado ou DE OFÍCIO: instaurar processos administrativos, abrir sindicâncias, apreender mercadorias, fechar estabelecimentos comerciais. Guarde isso: "tudo que a Administração faz pode ser de ofício".

De modo muito interessante, a prova da Magistratura/SP – 2009 diferenciou as funções típicas do Estado afirmando que a função legislativa estabelece a ordem jurídica, a jurisdicional conserva a ordem jurídica e a administrativa consiste na **prestação de serviços públicos**.

Essa foi a assertiva considerada CORRETA: "As funções típicas de Governo, ainda que se interpenetrem, se dividem, de um lado, num conjunto de funções públicas que cuidam do estabelecimento e conservação da ordem jurídica e, de outro, na função de Administração Pública consistente na prestação de serviços públicos".

Importantíssimo destacar que **cada função típica** possui um **núcleo decisório essencial** onde reside o cerne de independência do Poder que a exerce em caráter predominante.

O núcleo da função típica do Legislativo é a decisão sobre editar nova lei. Exceto nos casos raros em que a Constituição determina, ninguém pode obrigar o

legislador a legislar. Não há direito à emanação de normas a que corresponda um dever legislativo de legislar. Essa exclusividade na tomada da decisão de legislar é que garante a independência do Poder Legislativo. É o cerne de sua função típica.

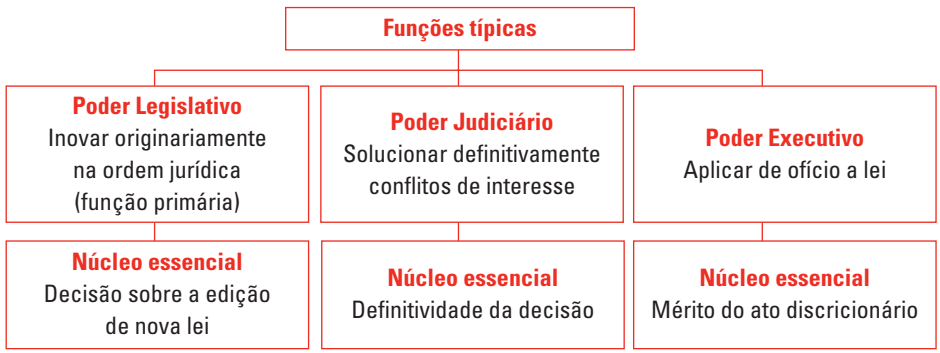
De semelhante modo, o núcleo da função típica do Poder Judiciário é a autoridade da coisa julgada. No Estado de Direito ninguém pode interferir na definitividade dos pronunciamentos jurisdicionais, sob pena de esvaziamento da independência do Poder Judiciário. É nesse sentido que deve ser entendida a norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*". Vale dizer, nem o legislador pode desrespeitar a autoridade da coisa julgada. É o cerne da função típica do Judiciário garantia maior de sua independência.

Quanto ao Poder Executivo, o elemento nuclear de sua função típica é o juízo de conveniência e oportunidade feito sempre que se tornar necessária a tomada de decisão a respeito do melhor caminho para defesa do interesse público. Em outras palavras, o **núcleo da função típica do Poder Executivo** é a análise do **mérito dos atos discricionários**. Conforme veremos nos capítulos seguintes, mérito do ato discricionário é o juízo de conveniência e oportunidade quanto à sua prática. Assim, tomando como exemplo de ato discricionário o decreto expropriatório (ato que inicia a desapropriação), é inadmissível que alguém interfira nas decisões sobre *quando, como, para que* e *qual* imóvel o prefeito vai desapropriar. Essas decisões constituem o mérito do decreto expropriatório, cuja análise representa o núcleo da independência que o Executivo tem em relação aos demais Poderes.

Para Hely Lopes Meirelles, o mérito é a margem de liberdade existente nos requisitos do MOTIVO e do OBJETO.[33]

▶ DICA: NUNCA o Judiciário pode ingressar na análise do mérito dos atos discricionários (motivo e objeto), sendo-lhe autorizado apenas controlar aspectos da legalidade da conduta.

Funções típicas e seus núcleos garantidores de independência



[33] Requisitos e mérito do ato discricionário serão detalhadamente estudados no Capítulo 4 sobre os atos administrativos.

Entretanto, os Poderes não são somente independentes mas também independentes e harmônicos. Por isso, além de sua função típica (garantia de independência), cada Poder exerce também, em caráter excepcional, atividades próprias de outro Poder, denominadas funções atípicas (garantia de **harmonia**). Exemplo bastante característico é a medida **provisória**. Ao afirmar que as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República "têm força de lei", o art. 62 da Constituição Federal destacou o caráter materialmente legislativo dessa espécie normativa. As medidas provisórias inovam originariamente o ordenamento jurídico, constituindo função legislativa atribuída atipicamente ao Poder Executivo (o Presidente da República é o Chefe do Executivo federal).

A prova de Auditor Fiscal do Trabalho elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O exercício da função jurisdicional, uma das funções que integram o poder político do Estado, não é exclusivo do Poder Judiciário".

As funções atípicas são **"exceções"** ao princípio da Tripartição de Poderes. Entretanto, tecnicamente não é correto afirmar que a Constituição estabelece exceções às suas próprias normas. Assim, no rigor da técnica, é preferível falar nas funções atípicas como um temperamento à Tripartição de Poderes. Ocorre que esse preciosismo terminológico pode atrapalhar a compreensão da ideia, sendo preferível manter nos concursos o uso da palavra exceção.

A natureza excepcional das funções atípicas induz a três conclusões importantes:

a) funções atípicas só podem estar previstas na própria Constituição: isso porque leis que definissem funções atípicas seriam inconstitucionais por violação à Tripartição de Poderes (art. 2º da CF);

b) as normas constitucionais definidoras de funções atípicas devem ser interpretadas restritivamente: tal conclusão decorre do princípio hermenêutico segundo o qual "as exceções interpretam-se restritivamente";

c) é inconstitucional a ampliação do rol de funções atípicas pelo poder constituinte derivado: emenda constitucional que acrescentasse nova função atípica tenderia à abolição da separação de Poderes, violando a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, III, **da Constituição Federal**.

A prova de Analista Judiciário do TJ/RO elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A separação dos Poderes goza da garantia reforçada de integrar o núcleo imutável da Constituição".

É inegável que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e até outros organismos estatais, exercem atipicamente função administrativa. Como exemplos, temos os casos da licitação instaurada para compra de papel pelo Senado (função administrativa atipicamente exercida pelo Poder Legislativo) e do concurso público para provimento do cargo de juiz (função administrativa exercida atipicamente pelo Poder Judiciário).

▶ PERGUNTA: No Brasil, quem pode exercer função administrativa?
RESPOSTA:
a) Poder Executivo ou Administração direta e indireta (função típica);

b) Poder Legislativo e Poder Judiciário (função atípica);

Tribunais de Contas: são órgãos auxiliares do Legislativo (art. 71 da CF) que exercem atipicamente função administrativa, por exemplo, na gestão de seus **servidores**.

c) Ministério Público, Defensorias Públicas e outros órgãos **não participantes** da Tripartição de Poderes. Como o Ministério Público e as Defensorias Públicas não pertencem a nenhum dos três Poderes clássicos, melhor evitar mencionar em funções típicas ou atípicas esses organismos. A nomenclatura "função típica" ou "função atípica" deve ser reservada para o contexto da Tripartição;

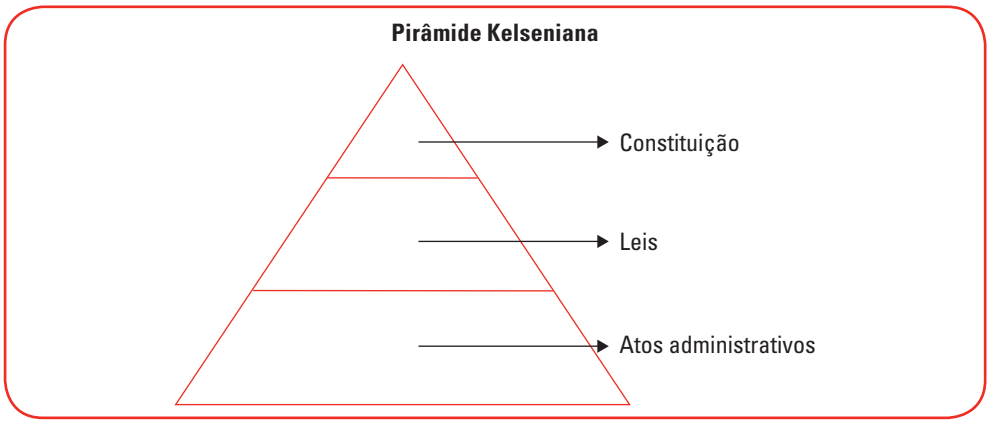
d) particulares, mediante delegação estatal. Exemplos: concessionários e permissionários de serviço **público**.

ATENÇÃO: O exercício atípico, ou delegado, da função administrativa é revestido das mesmas prerrogativas especiais presentes quando a função administrativa é exercida típica, ou diretamente, pelo Poder Executivo (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99). Por isso, nada impede que, por exemplo, o Judiciário revogue atos administrativos por ele praticados.

2) A função administrativa é exercida em caráter infralegal

A característica fundamental da função administrativa é a sua absoluta submissão à lei. O princípio da legalidade consagra a subordinação da atividade administrativa aos ditames legais. Trata-se de uma importante garantia do Estado de Direito: a Administração Pública só pode fazer o que o povo autoriza, por meio de leis promulgadas por seus representantes eleitos. É o caráter infralegal da função administrativa.

Hans Kelsen[34] afirmava que, para fins didáticos, o ordenamento jurídico pode ser comparado a uma pirâmide, pois as normas estão verticalmente dispostas em diferentes níveis hierárquicos.



[34] Hans Kelsen (Áustria, 1881-1973): considerado por muitos o maior jurista de todos os tempos, Hans Kelsen é o pai do chamado "positivismo jurídico", corrente de pensamento que defendia a purificação do estudo do direito, cabendo ao jurista analisá-lo somente do ponto de vista das normas. Nasceu em Praga durante período em que a capital da ex-Tchecoslováquia estava anexada à Áustria. Fugindo do nazismo, Kelsen mudou-se para os Estados Unidos onde foi docente na Universidade de Berkeley. Sugestão de leitura: *Teoria pura do direito*, em português, Editora Martins Fontes.

Assim, a Constituição ocupa o ápice da pirâmide. As leis situam-se no patamar intermediário. E os atos administrativos localizam-se no nível mais baixo do ordenamento. Conclui-se, daí, que os atos administrativos estão hierarquicamente submetidos aos dispositivos legais. Por tal razão, **sempre que um ato administrativo violar norma legal será inválido**. Não há nenhum caso em que, havendo colisão entre a lei e o ato administrativo, o ato prevaleça sobre a lei. É sempre a lei que predomina sobre o ato administrativo.

3) A função administrativa é exercida mediante a utilização de prerrogativas instrumentais

Para viabilizar a adequada defesa dos interesses da coletividade, a lei confere ao agente público **poderes especiais**, prerrogativas ou **privilégios** cujo uso está vinculado à defesa do interesse público. Vale ressaltar que, em Direito Administrativo, o termo privilégio é sinônimo de prerrogativa, de poder, não tendo o sentido pejorativo de vantagem indevida, tal como empregado na linguagem popular.

No Direito Administrativo, os poderes atribuídos ao agente não são personalíssimos, nem atribuídos *intuitu personae*. Não se trata de poderes conferidos em favor da pessoa do agente, mas em razão da função desempenhada. Estão sempre atrelados ao cumprimento de deveres. São **instrumentos a serviço da função pública**. Prova disso é que, estando o agente fora da função, tais poderes não são mais aplicáveis.

Não há atribuições puramente potestativas no Direito Administrativo. Todo poder é atrelado a um dever, é vinculado ao cumprimento de dada obrigação. Daí **Santi Romano**[35] falar em **poder-dever**.

Entretanto, considerando que a noção de dever é mais importante do que a de poder, Celso Antônio Bandeira de Mello propõe uma inversão na ordem dos termos para enfatizar o elemento de maior relevância. Prefere falar em **dever-poder**.[36]

O mais importante, porém, é registrar que, se o agente público usar os **poderes** do cargo para defesa de **interesse alheio ao interesse público**, o ato será nulo por **desvio de finalidade**, desvio de poder ou **tresdestinação**.

> ATENÇÃO: Infelizmente é cada vez mais comum encontrar em concursos públicos a referência à palavra "tredestinação" (sem o "s"). A grafia sem o "s" é visivelmente equivocada, pois o prefixo "tres" (*mudança,* em latim) aparece na composição de outras palavras da língua portuguesa, como "tresloucado". Hely Lopes Meirelles sempre lutou contra a queda desse "s". Em vão. Na sua prova escreva e fale "treSdestinação", mas se aparecer na prova "tredestinação" ignore o deslize e jamais corrija o examinador. Mas está errado!

---

35 Santi Romano (Itália, 1875-1949): iluminado publicista italiano, Santi Romano é uma unanimidade entre os estudiosos de Direito Público. Seus livros são de uma profundidade e fineza intelectual incomparáveis. É, sem dúvida, um dos cinco maiores juristas de todos os tempos. Escreveu sobre Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional e Direito Administrativo. Sugestão de leitura: *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, em italiano, com destaque para os verbetes "poderes e potestades", Editora Giuffrè.

36 *Curso de direito administrativo,* p. 72.

1.24 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E FUNÇÃO DE GOVERNO

Por fim, cabe um rápido comentário sobre a diferença entre função administrativa e função de governo. Governo, em sentido objetivo, é a atividade de condução dos altos interesses do Estado e da coletividade. É a atividade diretiva do Estado. O **ato de governo**, ou ato político, diferencia-se do ato administrativo por duas razões principais: 1ª) o ato de governo tem sua **competência extraída diretamente da Constituição** (no caso do ato administrativo, é da lei); 2ª) o ato de governo é caracterizado por uma acentuada margem de liberdade, ou uma **ampla discricionariedade**, ultrapassando a liberdade usualmente presente na prática do ato administrativo. Exemplos de ato de governo: declaração de guerra, intervenção federal em Estado-membro, sanção a projeto de lei.

Cabe frisar que a função política ou de governo é basicamente desempenhada pelo Poder Executivo, mesmo Poder encarregado do exercício típico da função administrativa. Então, as diferenças entre ato administrativo e ato de governo estão no regime jurídico, mas não na competência para sua prática.

Quadro comparativo entre função de governo e função administrativa

	Função de governo	Função administrativa
Quem exerce	Poder Executivo	Poder Executivo (regra geral)
Fundamento	Constitucional	Legal
Margem de liberdade	Alta discricionariedade	Discricionariedade comum
Exemplos de atos	Declaração de guerra, intervenção federal	Regulamentos, decretos, portarias, licenças

1.25 TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO

Analisando as principais mudanças legislativas realizadas nos últimos anos em nosso ordenamento, é possível identificar algumas tendências do Direito Administrativo brasileiro. As mais importantes são:

1) constitucionalização de temas administrativos: com a promulgação da Constituição de 1988, houve a inserção de inúmeros temas de Direito Administrativo no próprio texto constitucional, retirando das entidades federativas a capacidade de disciplinar diversos temas fundamentais pertinentes à realidade administrativa. São exemplos de temas administrativos que foram constitucionalizados na CF/88: a) desapropriação (arts. 5º, XXIV, 182 e 184); b) requisição (art. 5º, XXV); c) processo administrativo (art. 5º, LIV, LV e LXXVIII); d) organização administrativa (arts. 18 e ss.); e) princípios da Administração Pública (art. 37); f) cargos, empregos e funções (art. 37, I); g) concurso público (art. 37, III e IV); h) entidades descentralizadas (art. 37, XIX); i) improbidade administrativa (art. 37, § 4º); j) responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º); k) servidores públicos (art. 39), entre outros;

2) petrificação do Direito Administrativo: além de uma parte significativa do Direito Administrativo brasileiro ter sido constitucionalizado, pode-se verificar

que alguns temas **compõem o núcleo imodificável da Constituição Federal** de 1988, tendo sido transformados em cláusulas pétreas na medida em que guardam relação, direta ou indireta, com as matérias listadas no art. 60, § 4º, da CF. É o que podemos denominar petrificação do Direito Administrativo. Assim, os temas petrificados não podem ser suprimidos ou ter seu alcance reduzido por meio de emenda constitucional. São cláusulas pétreas os seguintes temas constitucionais pertinentes ao Direito Administrativo: a) a periodicidade dos mandatos eletivos (art. 60, § 4º, II); b) a inviolabilidade, pelo Judiciário, dos juízos de conveniência e oportunidade dos atos discricionários (art. 60, § 4º, III); c) o princípio da legalidade administrativa (art. 60, § 4º, IV c/c art. 5º, II); d) o direito ao ressarcimento prévio, justo e em dinheiro devido ao proprietário expropriado (art. 60, § 4º, IV c/c art. 5º, XXIV); e) a observância das garantias constitucionais na hipótese de requisição administrativa (art. 60, § 4º, IV c/c art. 5º, XXV); f) a impossibilidade de criação de contenciosos administrativos no Brasil (art. 60, § 4º, IV c/c art. 5º, XXXV); g) as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 60, § 4º, IV c/c art. 5º, LIV e LV).

Além desse aspecto da petrificação no âmbito do texto constitucional, ou petrificação sistêmica, pode-se falar também em uma **petrificação ideológica** do Direito Administrativo, assim considerada a relativa **estagnação científica do ramo** devido a institutos, formas e conceitos, tanto legislativos quanto doutrinários, ainda atrelados a um modelo de Administração Pública autoritária, típico do período histórico anterior ao Estado Social e Democrático de Direito. Podemos citar como instituto exemplar dessa referida petrificação ideológica a chamada "verdade sabida", isto é, uma infração notória cometida pelo servidor e para cuja punição algumas leis dispensam a instauração de processo administrativo disciplinar;[37]

3) codificações parciais: embora não haja um código sistematizando todo o Direito Administrativo pátrio, existem diversas codificações parciais que organizam as regras mais importantes de diversos capítulos do ramo, tais como: a) Código Florestal (Lei n. 4.771/65); b) Código de Minas (Decreto-Lei n. 227/67); c) Código de Caça (Lei n. 5.197/67); d) Código de Águas (Decreto n. 24.643/34); e) Código Aeronáutico (Lei n. 7.565/86); f) Código de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99);

4) fuga para o direito privado:[38] outra importante tendência do Direito Administrativo brasileiro é a utilização cada vez mais frequente pela legislação de institutos, conceitos e formas próprios do direito privado, como, por exemplo, o recurso à arbitragem, os contratos de gestão, as franquias e os contratos de gerenciamento;

5) relativização dos supraprincípios: consideradas as duas noções-chave do Direito Administrativo, e por isso chamadas de supraprincípios, a "supremacia do interesse público sobre o privado" e a "indisponibilidade do interesse público" até

---

37 *Vide*, por exemplo, art. 271 da Lei n. 10.261/60, o Estatuto do Servidor Público do Estado de São Paulo.

38 A expressão foi criada pela administrativista portuguesa Maria João Estorninho.

há pouco tempo eram consideradas ideias absolutas e inquestionáveis, conforme será visto no capítulo seguinte. Hoje tais conceitos passam por um processo de relativização legislativa diante da criação de inúmeros preceitos legais, fixando exceções tanto à supremacia quanto à indisponibilidade do interesse público;

6) objetivação das teorias: diversas teorias no Direito Administrativo têm experimentado um processo evolutivo similar. Inicialmente, surgiram como concepções subjetivistas, centralizadas em aspectos volitivos ou intencionais. Com o tempo, tornaram-se teorias mais voltadas para a análise da conduta concreta do agente, tendentes a desconsiderar a intenção que animou o comportamento. Essa objetivação pode ser observada, a princípio, na teoria da responsabilidade do Estado. Agora, também adotam orientações objetivistas a teoria do desvio de finalidade, a teoria da boa-fé e a teoria dos motivos determinantes;

7) colaborativismo: outra importante tendência do Direito Administrativo brasileiro é estimular os mecanismos de participação do usuário na administração pública, bem como fomentar as parcerias entre o Estado e a iniciativa privada. Como importantes exemplos de colaborativismo, temos os institutos da parceria público-privada, das entidades de cooperação e do contrato de gestão;

8) diluição da responsabilidade estatal: é cada vez mais comum o Estado terceirizar a realização de atividades administrativas, trazendo prestadores privados para executar tarefas públicas que até então eram executadas diretamente pela Administração. O setor específico onde o ingresso de prestadores privados tem se tornado mais visível é no campo dos serviços públicos, por meio da utilização de mecanismos de prestação indireta, como a concessão e a permissão. Quando essa delegação de tarefas estatais a particulares ocorre, independentemente do regime jurídico aplicável, opera-se uma diluição da responsabilidade patrimonial na medida em que o Estado deixa de ser o principal responsável pelo ressarcimento de prejuízos decorrentes da prestação. Cabe ao prestador privado o papel de responsável principal na hipótese de prejuízos provenientes da atividade exercida, passando o Estado a ocupar a posição de responsável secundário ou subsidiário;

9) quinquenização de prazos: observa-se nos últimos anos um esforço do legislador pátrio em padronizar em **cinco anos** os prazos no Direito Administrativo. São bem raros os casos de prazos, tanto de prescrição quanto de decadência, que não tenham duração quinquenal. A mesma tendência de quinquenização existe **também no Direito Tributário** brasileiro;

10) personificação dos contratos administrativos: outra importante inovação na legislação administrativa brasileira é o surgimento de **pessoas jurídicas especificamente criadas para gerenciar contratos administrativos**. É uma tendência de personificação contratual. Inicialmente ocorreu com a previsão de criação da sociedade de propósito específico instituída para administrar as parcerias público-privadas (art. 9º da Lei n. 11.079/2004). Em seguida, a mesma técnica de personalizar contratos administrativos foi adotada na Lei dos Consórcios Públicos (art. 6º da Lei n. 11.107/2005). Ao se criar uma nova pessoa jurídica, incumbida de

administrar o contrato, caberá a ela a responsabilidade direta por eventuais prejuízos decorrentes da execução contratual. Desse modo, a personificação de contratos administrativos, ao centralizar a responsabilidade na nova pessoa jurídica, promove uma diluição nos riscos de responsabilização das entidades contratantes;

11) inversão das fases licitatórias: uma das mais notáveis tendências do Direito Administrativo brasileiro consiste na inversão das fases naturais do procedimento licitatório, realizando o **julgamento das propostas antes da habilitação**. Essa antecipação da fase classificatória promove uma considerável economia de tempo e de dinheiro. Criado entre nós pela **Lei do Pregão** (10.520/2002), o modelo foi posteriormente estendido para a **concorrência que antecede as concessões de serviço público** (art. 18-A da Lei n. 8.987/95), para as **contratações de serviços de publicidade** (art. 11, § 4º, da Lei n. 12.232/2010) e também para as licitações no **Regime Diferenciado de Contratação – RDC** (art. 12 da Lei n. 12.462/2011);

12) objetivação da responsabilidade: tornou-se regra geral no direito brasileiro a adoção da teoria objetiva na análise da responsabilidade estatal. Assim, praticamente em todos os casos de prejuízos imputados ao exercício de funções públicas, o surgimento do dever de indenizar independe da comprovação de culpa ou dolo do agente causador do dano. Basta à vítima demonstrar ato, dano e nexo causal. Trata-se de uma objetivação da responsabilidade, na medida em que **a análise do dever de indenizar está centralizada no risco** assumido pela conduta causadora do prejuízo, e não em aspectos subjetivos ou volitivos do comportamento do agente;

13) desagencificação: por fim, é possível observar também, no contexto da organização administrativa brasileira, um **declínio do modelo das agências reguladoras**, cuja origem neoliberal não vem resistindo à orientação política implementada pelos últimos três mandatos no governo federal. O fenômeno da desagencificação, bem mais visível no âmbito da União do que no das outras esferas federativas, será abordado mais detalhadamente no Capítulo 3 deste Manual.

1.26 DEZ DICAS "TOMAHAWK" PARA A VÉSPERA DA PROVA

Sempre que participo de eventos na véspera de provas da OAB e concursos públicos, gosto de relembrar dez dicas fundamentais na forma informações-chave para acertar questões sobre Direito Administrativo. Em algumas provas recentes, milhares de alunos meus puderam experimentar a força inestimável e a eficiência desses mísseis "tomahawk".[39] Vamos lá!

1) Todo procedimento administrativo deve garantir contraditório e ampla defesa: por força do disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, os princípios

[39] Essas dez dicas poderosas, que expliquei durante eventos na véspera de importantes provas durante o ano de 2011, "acertaram em cheio" questões dos Exames 2010.3 e 2011.1 da OAB, do 88º Ministério Público do Estado de São Paulo, entre outros. Daí, ganharem o apelido entre os alunos de "dicas tomahawk do Mazza", apelido que carinhosamente mantive aqui.

do contraditório e da ampla defesa são aplicáveis a todos os tipos de procedimentos administrativos, tais como desapropriação, licitação, concurso público e processo administrativo disciplinar.

2) Predominam no Direito Administrativo prazos de 5 anos: conforme visto anteriormente, há uma tendência na legislação brasileira de padronização dos prazos, no Direito Administrativo e no Tributário. Praticamente todos os prazos existentes nesses dois ramos têm duração de 5 anos.

3) A Administração Pública sempre pode agir de ofício: devido ao caráter dinâmico de suas atuações, a Administração Pública sempre pode atuar de ofício, sem necessidade de provocação da parte interessada.

4) A responsabilidade na prestação de serviços públicos é sempre objetiva: sempre que houver prestação de serviços públicos, a responsabilidade por danos causados ao usuário e a terceiros é objetiva, independentemente de quem seja o prestador.

5) Na prestação indireta de serviços públicos, a responsabilidade principal é do prestador, e o Estado responde subsidiariamente: nos casos em que o Estado delega a terceiros a prestação de serviços públicos, como ocorre nas hipóteses de concessão e permissão, a responsabilidade pelo ressarcimento de prejuízos decorrentes da atividade cabe diretamente ao prestador. Já o Estado funciona como um garantidor da indenização, um responsável subsidiário, podendo ser acionado no caso de o devedor principal não ter patrimônio suficiente para pagar a integralidade da dívida.

6) Toda atividade da Administração Pública está sujeita a controle judicial, exceto quanto ao mérito dos atos discricionários: em razão do princípio da sindicabilidade, a atuação da Administração Pública sempre pode sofrer controle no âmbito do Poder Judiciário. Entretanto, não cabe ao juiz ingressar na análise da conveniência e oportunidade (mérito) das decisões administrativas discricionárias, sob pena de ruptura do princípio da Tripartição de Poderes.

7) A Administração nunca precisa de autorização judicial para agir: as atividades da Administração Pública, em especial no que diz respeito à anulação e revogação de seus próprios atos, podem ser exercidas independentemente de ordem judicial.

8) Na dúvida, marque "lei ordinária": a Constituição Federal de 1988, repetindo o modelo tradicionalmente adotado no Brasil, definiu a lei ordinária como o instrumento normativo padrão. O uso da lei complementar é excepcional (art. 47 da CF). Assim, sendo regra geral a utilização da lei ordinária, em caso de dúvida, deve-se marcar na prova a alternativa que afirma caber à lei ordinária a disciplina de determinado tema. Lembre, na dúvida, **chute na lei ordinária!**

9) Na dúvida, assinale "competência da União": sabe-se que o federalismo brasileiro é desequilibrado porque atribuiu à União uma quantidade muito maior de competências do que aquelas conferidas às demais esferas federativas. Por isso, em caso de dúvida, **chute na competência da União!**

10) Em provas de múltipla escolha, sempre marque a alternativa heterogênea: e, por fim, uma dica bastante eficaz para provas de múltipla escolha. Se o candidato não souber a resposta correta, deve procurar a alternativa heterogênea, isto é, aquela que faça referência a um tema de natureza diferente daqueles tratados nas demais assertivas. Por exemplo, se três alternativas mencionam requisitos do ato administrativo... (a) competência... (b) forma... (c) finalidade... e a alternativa restante faz referência a um atributo do ato... (d) autoexecutoriedade..., pode-se concluir seguramente que a resposta correta é a letra "d", mesmo sem sabermos qual o enunciado da questão. Fica a dica.

1.27 QUESTÕES

1. (Magistratura/SP – 2009) Um dos aspectos primordiais do Direito Administrativo brasileiro é o de ser um conjunto
   A) de princípios e normas aglutinador dos poderes do Estado de maneira a colocar o administrado em relação de subordinação hierárquica a tais poderes;
   B) de princípios e normas que não alberga a noção de bem de domínio privado do Estado;
   C) instrumental de princípios e normas que regula exclusivamente as relações jurídicas administrativas entre o Estado e o particular;
   D) de princípios e normas limitador dos poderes do Estado.

2. (Exame da OAB/SP – 131º) Não se enquadram no espírito de governança consensual e participativa, entre Estado e particulares:
   A) o direito de impugnação de edital;
   B) as audiências públicas;
   C) as nomeações de particulares para diretores de agências regulatórias;
   D) as parcerias público-privadas.

3. (Magistratura/SP – 2009) Compromissos republicanos, liberalismo político e econômico, proteção dos direitos individuais e, especialmente, independência da Administração Pública foram valores postos pela Revolução Francesa que, sob os influxos da teoria de Montesquieu, deram origem ao contencioso administrativo. À vista desses parâmetros, pode-se afirmar que
   A) no Brasil, adota-se o sistema da jurisdição única visando dar efetivo cumprimento ao regime jurídico-constitucional de proteção e garantia dos direitos individuais contra abuso ou arbítrio do Estado;
   B) a instalação do Conselho Nacional de Justiça significa a introdução do contencioso administrativo no sistema jurídico-administrativo brasileiro com o efeito de impedir o abuso ou arbítrio dos juízes;
   C) os Tribunais de Contas produzem decisões com a qualidade de definitivas, própria do sistema do contencioso administrativo;
   D) o sistema do contencioso administrativo é o que melhor atende ao atual conceito de Estado Democrático de Direito porque coloca o Estado, no plano jurisdicional judicial, em pé de igualdade com o particular.

4. (Técnico da Receita Federal – 2006 – Esaf) A primordial fonte formal do Direito Administrativo no Brasil é
   A) a lei;

B) a doutrina;
C) a jurisprudência;
D) os costumes;
E) o *vade mecum*.

5. (Magistratura/SP – 2009) A demora da Administração Pública em cumprir com a obrigação de saldar os débitos líquidos, certos e devidamente requisitados pelo Poder Judiciário por meio de precatório judicial, ainda que sob a ótica doutrinária,

A) justifica-se pelo poder-dever do Estado de dar atendimento, com primazia, aos interesses públicos primários, por princípio constitucional, indisponíveis, considerando que a rápida e efetiva solução dos precatórios judiciais diz respeito à indenização de caráter privado;
B) justifica-se à vista do regime jurídico-administrativo que tutela o interesse coletivo, considerando que dar efetivo e rápido cumprimento aos precatórios judiciais implica empobrecimento do erário público em prejuízo da coletividade que não prescinde da prestação de serviços públicos;
C) justifica-se no fato de a Administração Pública ser dotada do poder discricionário de atender, em primeiro lugar, ao interesse do Estado, considerando que todo interesse do Estado por si só se define como interesse público;
D) ofende o princípio da supremacia do interesse público primário do Estado, considerando que a demora da solução dos precatórios atende exclusivamente ao interesse secundário do Estado.

6. (Auditor Fiscal da Receita Federal – 2005 – Esaf) Em seu sentido subjetivo, o estudo da Administração Pública abrange:

A) a atividade administrativa;
B) o poder de polícia administrativa;
C) as entidades e os órgãos que exercem as funções administrativas;
D) o serviço público;
E) a intervenção do Estado nas atividades privadas.

7. (Analista de Finanças e Controle – 2002 – Esaf) A legalidade, como elemento essencial dos atos administrativos em geral, consiste em que seu objeto

A) não seja vedado em lei;
B) não viole expressa disposição de lei;
C) seja expressamente previsto em lei;
D) seja expressamente autorizado em lei;
E) seja autorizado ou permitido em lei.

8. (Auditor Fiscal da Receita Federal – 2005 – Esaf) Os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade vinculam-se, originalmente, à noção de administração

A) patrimonialista;
B) descentralizada;
C) gerencial;
D) centralizada;
E) burocrática.

9. (Magistratura/SP – 2009) O modelo brasileiro, marcado pela divisão dos Poderes do Estado, a despeito das várias emendas constitucionais, conserva o princípio pétreo de Estado federado e a inclinação social-democrata.
Diante, pois, desse modelo, a afirmação corrente de que os juízes são prestadores de serviço público mostra-se incompatível com o Direito Administrativo brasileiro porque

A) o conteúdo e o fim do ato jurisdicional administrativo identificam-se plenamente com o conteúdo e o fim do ato jurisdicional judicial;
B) aos atos judiciais jurisdicionais se aplicam princípios gerais de Direito Administrativo consubstanciados no art. 37 da Constituição Federal;
C) as funções típicas de Governo, ainda que se interpenetrem, se dividem, de um lado, num conjunto de funções públicas que cuidam do estabelecimento e conservação da ordem jurídica e, de outro, na função de Administração Pública consistente na prestação de serviços públicos;
D) a função da Administração Pública consistente na realização da Justiça Social por meio da prestação de serviços públicos é idêntica ao exercício da função judicial jurisdicional dentro do processo judicial.

10. (Procurador do DF – 2007 – Esaf) Em relação ao conceito e evolução histórica do Direito Administrativo e ao conceito e abrangência da Administração Pública, selecione a opção correta:

A) Na evolução do conceito de Direito Administrativo, surge a Escola do Serviço Público, que se desenvolveu em torno de duas concepções. Na concepção de Leon Duguit, o Serviço Público deveria ser entendido em sentido estrito, abrangendo toda a atividade material, submetida a regime exorbitante do direito comum, desenvolvida pelo Estado para a satisfação de necessidades da coletividade.
B) O conceito estrito de Administração Pública abarca os Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo.
C) A Administração Pública, em sentido objetivo, deve ser compreendida como o conjunto das pessoas jurídicas e dos órgãos incumbidos do exercício da função administrativa do Estado.
D) Na busca de conceituação do Direito Administrativo encontra-se o critério da Administração Pública, segundo o qual, sinteticamente, o Direito Administrativo deve ser concebido como o conjunto de princípios que regem a Administração Pública.
E) Na evolução histórica do Direito Administrativo, encontramos a Escola Exegética, que tinha por objeto a interpretação das leis administrativas, a qual também defendia o postulado da carga normativa dos princípios aplicáveis à atividade da Administração Pública.

11. (AUTOR) Em relação à função administrativa, é correto afirmar que

A) pode ser exercida livremente por qualquer particular, independentemente de autorização estatal;
B) seu exercício é expressamente vedado, em qualquer caso, aos particulares;
C) nos casos de concessão de serviço público, o Poder Público transfere temporariamente a titularidade do serviço ao concessionário;
D) no Brasil, pode ser exercida também pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

12. (OAB/SP) Quando o Estado, por seus procuradores, insiste em apresentar recursos judiciais meramente procrastinatórios, diz-se que tal proceder

A) reflete o atendimento ao interesse público primário, eis que o Estado não pode abrir mão do seu direito de ação;
B) pode atender ao interesse público secundário, mas não ao primário;

C) é fruto do princípio da indisponibilidade do interesse público primário;
D) afronta o interesse público secundário.

13. (Assistente Jurídico da AGU – Esaf) A influência do Direito Administrativo francês no Direito Administrativo brasileiro é notável. Entre os institutos oriundos do direito francês abaixo, assinale aquele que não foi introduzido no sistema brasileiro.

A) Regime jurídico de natureza legal para os servidores dos entes de direito público.
B) Teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público.
C) Natureza judicante da decisão do contencioso administrativo.
D) Cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.
E) Inserção da moralidade como princípio da Administração Pública.

14. (Assistente Administrativo – Fapese/SC) O Direito Administrativo destaca que o Estado é constituído por três elementos originários e indissociáveis, que são:

A) Povo, nação e governabilidade.
B) Povo, território e Estado.
C) Povo, território e governo soberano.
D) Povo, soberania e Estado.
E) Governo soberano, organização do Estado e atos administrativos.

15. (Analista Judiciário – TRE/PE – FCC) Se o Direito Administrativo for conceituado como:
I. O sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins.
II. O conjunto de normas que regem as relações entre a Administração e os administrados.
III. O conjunto de princípios que regem a Administração Pública.
Seu fundamento repousa nos critérios denominados, respectivamente,

A) das relações jurídicas, da administração pública e da atividade jurídica ou social do Estado;
B) negativo ou residual, da atividade jurídica ou social do Estado e teleológico;
C) do serviço público, do Poder Executivo e residual ou negativo;
D) da Administração Pública, do serviço público e do Poder Executivo;
E) teleológico, das relações jurídicas e da administração pública.

16. (Advogado da Unama/AM) Considerando o Regime Jurídico Administrativo é correto afirmar que

A) as controvérsias em matéria administrativa, decididas pelo órgão executor, fazem coisa julgada material;
B) no Brasil, a Jurisdição é dual;
C) a adoção, pelo Brasil, do sistema de Jurisdição una, afasta a possibilidade de se recorrer, administrativamente, de qualquer lesão ou ameaça a direito;
D) é permitida a criação de tribunais com competência administrativa.

17. (Assistente Jurídico da União – 2006 – Esaf) A Administração Pública, em sentido objetivo, no exercício da função administrativa, engloba as seguintes atividades, exceto:

A) Polícia Administrativa.
B) Serviço Público.
C) Elaboração legislativa, com caráter inovador.

D) Fomento a atividades privadas de interesse público.
E) Intervenção no domínio econômico.

18. (13º Concurso do Ministério Público Federal) A interpretação das normas de direito administrativo, embora não refratária à aplicação analógica das regras do direito privado, singulariza-se pelos elementos indicados a seguir:
A) desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados;
B) presunção absoluta de legitimidade dos atos administrativos;
C) revogabilidade e anulabilidade dos atos administrativos, por motivos de conveniência ou oportunidade, insuscetíveis de avaliação judicial;
D) disponibilidade dos interesses públicos, em razão do poder discricionário atribuído a todos os agentes públicos.

19. (Magistratura Federal TRF – 1ª Região) Costuma-se indicar o sítio histórico do advento do direito administrativo, como ramo autônomo, entre:
A) o fim do século XIX e o início do século XX;
B) o fim da idade média e o início dos tempos modernos;
C) o fim do século XVIII e o início do século XIX;
D) a Carta Magna (1215) e o fim do século XV.

20. (Técnico Administrativo Educacional) O conceito de Direito Administrativo que corresponde à Escola ou ao Critério Teórico que o formulou é:
A) Para a Escola do Serviço Público, Direito Administrativo é a atividade exercida pelo Poder Executivo.
B) Para o Critério do Poder Executivo, Direito Administrativo é o conjunto de normas que regem as relações entre a Administração e os administrados.
C) Para o Critério das Relações Jurídicas, Direito Administrativo é o sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins.
D) Para o Critério da Administração Pública, Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

2

PRINCÍPIOS

2.1 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

O Direito Administrativo brasileiro não é codificado. Por isso, as funções sistematizadora e unificadora de leis, em outros ramos desempenhadas por códigos, no Direito Administrativo cabem aos princípios.

Princípios são regras gerais que a doutrina identifica como condensadoras dos **valores fundamentais de um sistema**. Por meio de um processo lógico denominado *abstração indutiva*, os estudiosos extraem da totalidade de normas específicas as ideias-chave que animam todo o complexo de regras. Assim, os princípios *informam* e *enformam*[1] o sistema normativo. Informam porque armazenam e comunicam o núcleo valorativo essencial da ordem jurídica. Enformam porque dão forma, definem a feição de determinado ramo.

É bastante comum em concursos fazer-se referência à concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual: "princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico". E completa: "**violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma**. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. **É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade**, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais"[2] (destaques nossos).

---

1 No direito português, vários autores falam em função "enformadora" dos princípios jurídicos. Entre nós, a expressão é utilizada por Newton de Lucca.

2 Criação de Secretarias Municipais, *RDP*, 1971, v. 15, p. 284-286, citação transcrita no *Curso de direito administrativo*, p. 53.

2.2 DUPLA FUNCIONALIDADE DOS PRINCÍPIOS

Os princípios do Direito Administrativo cumprem duas funções principais:

a) função hermenêutica: se o aplicador do direito tiver dúvida sobre qual o verdadeiro significado de determinada norma, pode utilizar o princípio como ferramenta de esclarecimento sobre o conteúdo do dispositivo analisado;

b) função integrativa: além de facilitar a interpretação de normas, o princípio atende também à finalidade de suprir lacunas, funcionando como instrumento para preenchimento de vazios normativos em caso de ausência de expresso regramento sobre determinada matéria.

2.3 PRINCÍPIOS COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO

Com certa frequência, os concursos públicos trazem questões que versam sobre os princípios jurídicos como mandamentos de otimização. Tal conceito foi desenvolvido pelo alemão **Robert Alexy**, para quem os princípios são regras que exigem que algo seja realizado "na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes". Os mandamentos de otimização "caracterizam-se por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas".[3]

Assim, os princípios seriam regras cuja aplicação integral dependeria de condições fáticas e jurídicas indispensáveis, sem as quais seu conteúdo poderia incidir apenas parcialmente. Ao contrário, as normas específicas não admitiriam essa aplicação parcial, pois ou incidiriam totalmente ou não incidiriam.

A compreensão dos princípios como mandamentos de otimização é interessante, mas absolutamente incompatível com o sentido que a doutrina e a legislação brasileiras dão ao termo "princípio". É a mesma palavra com dois significados diferentes.[4]

Portanto, não é recomendável o uso da teoria de Alexy em concursos, sobretudo em provas de Direito Administrativo, devendo-se dar preferência ao sentido clássico com que o termo é utilizado por nossos administrativistas.

2.4 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Ao conjunto formado por todos os princípios e normas pertencentes ao Direito Administrativo, denomina-se tecnicamente regime jurídico-administrativo. Já a expressão **regime jurídico da Administração** designa os regimes de

---

3 *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

4 Sobre a polêmica que envolve o uso acrítico da teoria de Alexy no Brasil, *vide*: Luis Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 35-37; e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 53, nota 34.

direito público e de direito privado aplicáveis à Administração.

A prova de Analista do TCU elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A expressão regime jurídico-administrativo, em seu sentido amplo, refere-se tanto aos regimes de direito público e de direito privado a que se submete a administração pública quanto ao regime especial que assegura à administração pública prerrogativas na relação com o administrado".

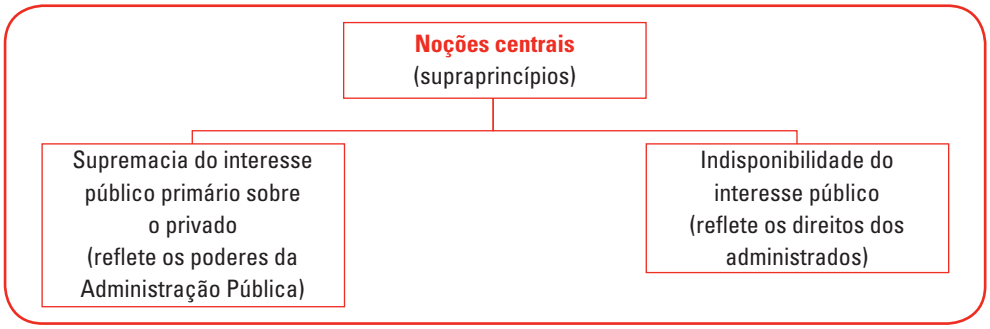
Entendendo que o regime jurídico-administrativo compreende também as atuações administrativas na defesa do interesse público secundário, a prova de Auditor da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "O regime jurídico-administrativo compreende um conjunto de regras e princípios que baliza a atuação do Poder Público, exclusivamente, no exercício de suas funções de realização do interesse público primário".

2.5 SUPRAPRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Supraprincípios ou *superprincípios* são os princípios centrais dos quais derivam todos os demais princípios e normas do Direito Administrativo. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello,[5] são dois os supraprincípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; e b) indisponibilidade do interesse **público**.

A existência desses dois supraprincípios é reflexo de uma dualidade permanente no exercício da função administrativa: a oposição entre os poderes da Administração Pública (supremacia do interesse público) e os direitos dos administrados (indisponibilidade do interesse público).

▶ IMPORTANTE: Os dois supraprincípios são princípios relativos, e não absolutos. Assim, **não existe supremacia absoluta** do interesse público sobre o privado, **nem indisponibilidade absoluta** dos interesses públicos.


Noções centrais
(supraprincípios)
Supremacia do interesse público primário sobre o privado
(reflete os poderes da Administração Pública)
Indisponibilidade do interesse público
(reflete os direitos dos administrados)

2.5.1 Princípio da supremacia do interesse público

A **supremacia do interesse público sobre o privado**, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou da finalidade pública, princípio implícito na atual ordem jurídica, significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os **interesses individuais**, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei **poderes**

A prova de Analista da CGU feita pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "Entre os princípios constitucionais do Direito Administrativo, pode-se destacar o de que os interesses públicos e privados são equitativos entre si".

[5] *Curso de direito administrativo*, p. 69.

especiais não extensivos aos particulares. A outorga dos citados poderes projeta a Administração Pública a uma **posição de superioridade** diante do particular. Trata-se de uma regra inerente a qualquer grupo social: os interesses do grupo devem prevalecer sobre os dos indivíduos que o compõem. Essa é uma condição para a própria subsistência do grupo social. Em termos práticos, cria uma **desigualdade jurídica** entre a Administração e os administrados.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a noção de supremacia do interesse público está presente no momento de **elaboração da lei**, assim como no momento de **aplicação da lei** pela Administração Pública.[6]

Convém reafirmar que só existe a supremacia do interesse público primário sobre o interesse privado. O interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica, conhecido como **interesse público secundário, não tem supremacia** sobre o interesse do particular.

São **exemplos de prerrogativas** especiais conferidas à Administração Pública e seus agentes decorrentes da supremacia do interesse público:

1) possibilidade de transformar compulsoriamente propriedade privada em pública (**desapropriação**);

2) autorização para usar propriedade privada em situações de iminente perigo público (**requisição** de bens). Exemplo: requisição de veículo particular, pela polícia, para perseguir criminoso;

3) poder de **convocar particulares** para a execução compulsória de atividades públicas (requisição de serviço). Exemplo: convocação de mesários para eleição;

4) **prazos processuais em dobro** para recorrer **e em quádruplo** para contestar;

> CUIDADO com a pegadinha: A Fazenda Pública tem prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, mas o prazo para responder aos recursos é simples.

> ATENÇÃO: No âmbito dos juizados especiais federais, não se aplicam os prazos processuais diferenciados em favor da Fazenda Pública, nem existe reexame necessário (arts. 9º e 13 da Lei n. 11.259/2001).

5) possibilidade de **rescindir unilateralmente contratos** administrativos;

6) dever de o particular **dar passagem no trânsito** para viaturas sinalizando situação de emergência;

7) **presunção de legitimidade** dos atos administrativos;

A prova do Ministério Público/MG 2008 considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular permite a existência das chamadas cláusulas exorbitantes no bojo dos contratos administrativos, em prol da Administração Pública".

8) **impenhorabilidade** dos bens públicos;

9) impossibilidade de perda de bens por usucapião (**imprescritibilidade dos bens públicos**);

10) presença de **cláusulas exorbitantes** nos **contratos administrativos**;

[6] *Direito administrativo*, p. 64.

11) possibilidade do exercício, pelo Estado, do **poder de polícia** sobre particulares;

12) poder para criar unilateralmente obrigações aos **particulares** **(imperatividade)**.

A noção de supremacia do interesse público é mais forte (aplicação direta) nos atos administrativos de império, marcados por uma relação de verticalidade; enquanto nos atos de gestão a horizontalidade da relação entre a Administração e o particular afasta o reconhecimento total da supremacia (aplicação indireta).

Por fim, são também desdobramentos da supremacia do interesse público sobre o privado a **imperatividade**, a **exigibilidade** e a **executoriedade** dos atos administrativos, assim como o poder de **autotutela** de que a Administração Pública é revestida para anular e revogar seus próprios atos sem necessidade de autorização judicial.

A prova de Procurador do DF feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral do Direito. Nesse diapasão, como expressão dessa supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos temos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais".

A prova de Auditor da Receita Federal pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A aplicação do regime jurídico-administrativo autoriza que o Poder Público execute ações de coerção sobre os administrados sem necessidade de autorização judicial".

A prova da AGU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A exigibilidade do ato administrativo decorre, também, da posição de supremacia da Administração na relação com os particulares".

2.5.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os **agentes públicos não são donos do interesse** por eles defendido. Assim, no exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os **agentes renunciem** aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem **em juízo**.

Trata-se de duas inovações legislativas peculiares porque autorizam agentes públicos a tomar decisões (transigir na demanda e optar pela arbitragem) que normalmente caberiam apenas ao próprio titular do interesse em questão.

A prova da PFN 2007 elaborada pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "Considerando o princípio da Supremacia do Interesse Público, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro, ao expressamente prever o interesse público, dispõe que, ao observar o atendimento a fins de interesse geral, a autoridade administrativa está autorizada a renunciar total ou parcialmente os poderes ou competências, não necessitando de autorização legal para fazê-lo".

A prova de Auditor da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Por decorrência do regime jurídico-administrativo não se tolera que o Poder Público celebre acordos judiciais, ainda que benéficos, sem a expressa autorização legislativa".

▶ CUIDADO: Recentemente, o supraprincípio da indisponibilidade do interesse público tem sofrido certa relativização imposta pelo legislador. Dois exemplos principais podem ser mencionados: 1) no rito dos Juizados Especiais Federais os representantes da Fazenda Pública são autorizados a conciliar e transigir sobre os interesses discutidos na demanda (art. 10, parágrafo único, da Lei n. 11.029/2001);

2) passou a ser **permitida** a utilização de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive **a arbitragem**, exclusivamente nos contratos de **concessão de serviço público** e **nas parcerias público-privadas** (arts. 23-A da Lei n. 8.987/95 e 11, III, da Lei n. 11.079/2004). Nos demais contratos administrativos, o uso da arbitragem continua vedado.

Entretanto, na recente prova da Magistratura/PB – 2011, aplicada pelo Cespe, a banca considerou CORRETA a seguinte assertiva: "De acordo com precedente histórico do **STF**, é possível, sem ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público, a União firmar compromisso arbitral, mesmo em situação excepcional, desde que relativamente a direitos patrimoniais do Estado".

A seguinte assertiva foi considerada CORRETA pela OAB/SP: "Na relação moderna entre Administração e administrado não mais se admite a ideia da supremacia absoluta do interesse público sobre o interesse privado".

As referidas hipóteses reforçam a ideia de que, assim como ocorre com a supremacia do **interesse público**, a indisponibilidade também constitui noção relativa.

Por fim, cabe reforçar uma informação ensejadora de incontáveis questões de concurso público: **todos os princípios** do Direito Administrativo **são desdobramentos da supremacia** do interesse público **e da indisponibilidade** do interesse público. Tecnicamente seria mais correto dizer que os princípios administrativos, por representarem limitações ao poder estatal, decorrem diretamente da indisponibilidade do interesse público, e não da supremacia. Mas esse rigor conceitual não tem sido observado pelos examinadores.

2.6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Chamados também de princípios *explícitos* ou *expressos*, estão diretamente previstos na Constituição Federal.

O dispositivo constitucional que trata dos princípios administrativos é o art. 37, *caput*, do Texto de 1988: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade* e **eficiência**".

A prova da AGU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Os princípios do direito administrativo constantes na Constituição da República são aplicáveis aos três níveis de governo da Federação".

Para memorizar os nomes dos cinco princípios mencionados no art. 37, *caput*, pode ser usada a seguinte regra mnemônica:

LEGALIDADE
IMPESSOALIDADE
MORALIDADE
PUBLICIDADE
EFICIÊNCIA

Mas CUIDADO: o rol de princípios constitucionais do Direito Administrativo não se esgota no art. 37, *caput*. Especialmente em provas do Cespe, tem sido exigido o conhecimento de **outros princípios administrativos expressos na CF/88**. São **eles**:

A prova da Polícia Federal elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Na Constituição de 1988 prevê-se expressamente que a administração pública deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e probidade".

1) princípio da participação (art. 37, § 3º, da CF): a lei deverá estimular as formas de **participação do usuário na administração pública** direta e indireta, regulando especialmente: a) reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral; b) o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo; c) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função **na administração pública**;

Considerando que o princípio da celeridade processual pode também ser denominado razoabilidade, a prova de Delegado de Polícia/RS 2007 considerou CORRETA a afirmação: "São princípios orientadores da Administração Pública com explícita assinalação constitucional: legalidade, moralidade, participação e razoabilidade".

2) princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF): assegura a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, a **razoável duração do processo** e os meios que garantam celeridade na sua **tramitação**;

Relacionando duração razoável e eficiência, a prova de Delegado/SC 2008 considerou CORRETA a afirmação: "A duração do processo judicial e administrativo que não se revelar razoável afronta o princípio constitucional da eficiência".

3) devido processo legal formal e material (art. 5º, LIV, da CF): prescreve que a privação de liberdade ou de bens só poderá ser aplicada após o devido processo legal. No âmbito administrativo, a tomada de decisões pelo Poder Público pressupõe a instauração de processo com garantia de contraditório e ampla defesa. Os dois aspectos clássicos do princípio são válidos no Direito Administrativo: a) **devido processo legal formal:** exige o cumprimento de um rito predefinido como condição de validade da decisão; e b) **devido processo legal material ou substantivo:** além de respeitar o rito, a decisão final deve ser justa e proporcional. Por isso, o devido processo legal material ou substantivo tem o mesmo conteúdo do princípio da proporcionalidade. Outro apontamento importante: nos processos administrativos, busca-se a **verdade real** dos fatos, e não simplesmente a verdade formal baseada apenas na prova produzida nos autos;

4) contraditório (art. 5º, LV, da CF): as decisões administrativas devem ser proferidas somente após ouvir os interessados e contemplar, na decisão, as considerações arguidas;

5) ampla defesa (art. 5º, LV, da CF): obriga assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, a utilização dos meios de prova, dos recursos e dos instrumentos necessários para os interessados defenderem seus **interesses perante a Administração**.

A prova de Fiscal do ICMS/SP feita pela FCC considerou CERTA a afirmação: "É elemento característico do regime jurídico do processo administrativo exigir respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, em razão de expressa previsão constitucional".

Sobre os princípios do contraditório e ampla defesa, foi editada recentemente a **Súmula Vinculante n. 3 do STF:** "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".

Vamos passar agora ao estudo detalhado dos princípios diretamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

2.6.1 Princípio da legalidade

2.6.1.1 Conceito

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a **vontade da lei**.

A prova da Magistratura/SC 2008 considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da legalidade vincula a Administração aos mandamentos da Lei (Estado de Direito). Em todos os Estados contemporâneos se admite que a Administração está vinculada pela regra de Direito".

De acordo com o magistério de Hely Lopes Meirelles: "As **leis administrativas** são, normalmente, **de ordem pública** e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos".[7]

O princípio da legalidade é o **mais importante princípio** específico do Direito Administrativo. Dele derivam vários outros, tais como: finalidade, razoabilidade, isonomia e proporcionalidade.

Relacionando legalidade e requisitos do ato administrativo, a prova de Fiscal de Tributos/AL elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei".

CONCEITO: A Administração Pública só pode praticar as **condutas autorizadas em lei**.

2.6.1.2 Legalidade: sentido negativo e sentido positivo

A doutrina europeia costuma desdobrar o conteúdo da legalidade em **duas dimensões fundamentais** ou subprincípios:[8] a) princípio da primazia da lei; e b) princípio da reserva legal.

O princípio da **primazia da lei**, ou legalidade em sentido negativo, enuncia que os **atos administrativos não podem contrariar a lei**. Trata-se de uma consequência da posição de superioridade que, no ordenamento, a lei ocupa em relação ao ato administrativo.

---

7 *Direito administrativo brasileiro,* p. 87, com destaques nossos.

8 Para aprofundamento nessa diferenciação, ver o autor português Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade,* p. 131 e s., Editora Almedina.

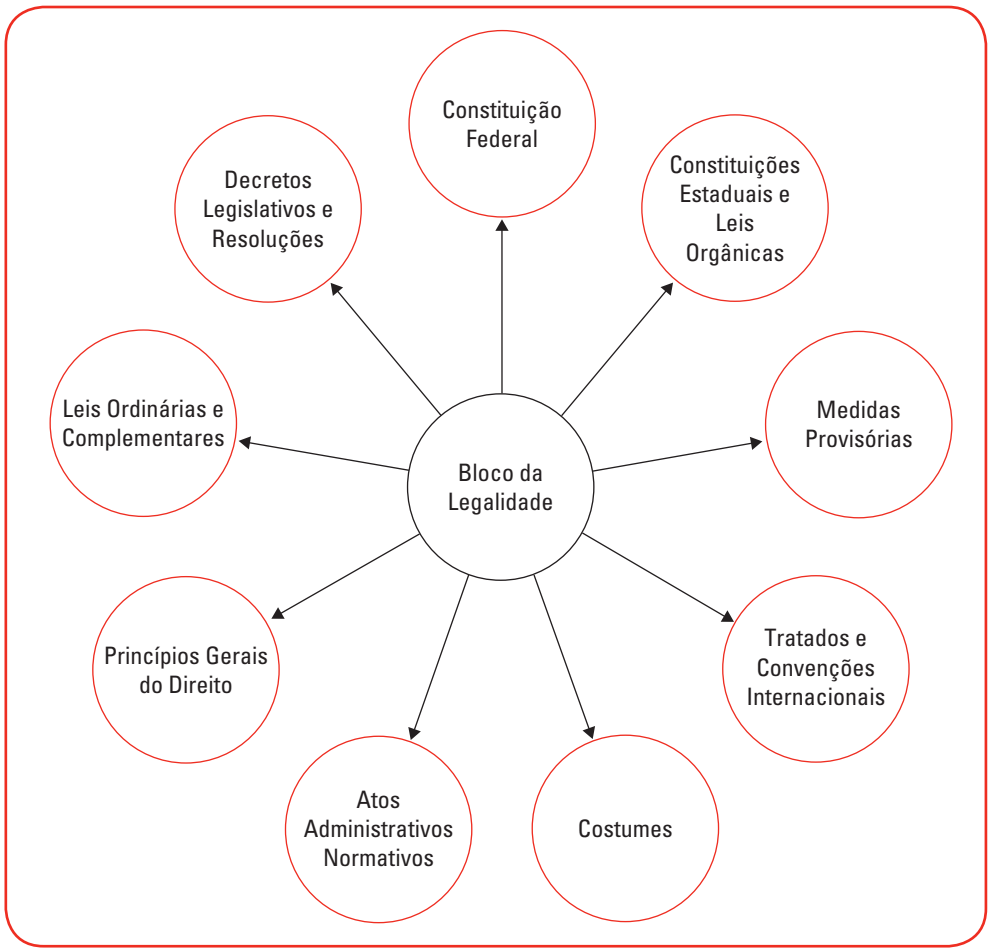
Quanto ao princípio da **reserva legal**, ou legalidade em sentido positivo, preceitua que os **atos administrativos só podem ser praticados mediante autorização legal**, disciplinando temas anteriormente regulados pelo legislador. Não basta não contradizer a lei. O ato administrativo deve ser expedido *secundum legem*. A reserva legal reforça o entendimento de que somente a lei pode inovar originariamente na ordem jurídica. O ato administrativo não tem o poder jurídico de estabelecer deveres e proibições a particulares, cabendo-lhe o singelo papel de instrumento de aplicação da lei no caso **concreto**.

Detalhando o conteúdo da legalidade em relação ao conteúdo do ato administrativo, a prova de Analista de Finanças e Controle feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A legalidade, como elemento essencial dos atos administrativos em geral, consiste em que seu objeto seja autorizado ou permitido em lei".

2.6.1.3 Bloco da legalidade e princípio da juridicidade

O princípio da legalidade não se reduz ao simples cumprimento da lei em sentido estrito. A Lei federal n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no art. 2º, parágrafo único, I, define a legalidade como o dever de **atuação conforme a lei e o Direito**. A redação do dispositivo permite contemplar o que a doutrina estrangeira tem chamado de **princípio da juridicidade**, isto é, a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. A juridicidade é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade. Além de cumprir leis ordinárias e leis complementares (*lei* em sentido estrito), a Administração está obrigada a respeitar o denominado **bloco da legalidade**. Significa dizer que as regras vinculantes da atividade administrativa emanam de **outros veículos normativos**, a saber: a) Constituição Federal, incluindo **emendas constitucionais**; b) Constituições Estaduais e Leis Orgânicas; c) medidas provisórias; d) tratados e convenções internacionais; e) costumes; f) atos administrativos normativos, como decretos e regimentos internos; g) decretos legislativos e resoluções (art. 59 da CF); h) princípios gerais do direito.

Admitindo que o PREÂMBULO da Constituição também pertence ao bloco da legalidade, a prova da Magistratura/MG 2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O Preâmbulo da Constituição de 1988 influi no controle de legalidade do ato da Administração".



2.6.1.4 Tríplice fundamento constitucional

O princípio da legalidade encontra fundamento em três dispositivos diferentes na Constituição Federal de 1988:

1) Art. 37, *caput*: *"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"*. Empregada com iniciais minúsculas no dispositivo, a expressão administração pública significa a atividade administrativa, cujo exercício no âmbito de qualquer dos Poderes nas diferentes esferas federativas deve obediência aos regramentos estabelecidos pela legislação.

2) Art. 5º, II: *"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. Esse dispositivo constitucional contempla a chamada **legalidade geral** cujo alcance ultrapassa as fronteiras do Direito Administrativo. Na verdade, referido comando estabelece garantia ampla de que os particulares não terão sua liberdade restringida senão pelo Parlamento. Como se sabe, o Parlamento,

dentro da organização estatal, representa diretamente o povo, e as leis são a expressão maior da vontade popular. Sob essa perspectiva, a lei representa uma autolimitação imposta pelo povo às liberdades individuais. Como as leis são discutidas e votadas por representantes eleitos para esse fim, considera-se que as obrigações de fazer ou deixar de fazer previstas na legislação foram criadas com o consentimento da sociedade para viabilizar o convívio e a harmonia social. O processo legislativo confere legitimidade às normas estabelecidas pela legislação. Porém, com o ato administrativo não é assim. Sua prática decorre de uma vontade unilateral e isolada do administrador público. Falta ao ato administrativo a legitimidade atribuída pelo processo de criação das leis. O **ato administrativo** nasce com um **déficit democrático** inerente ao modo unilateral como é praticado. Sua legitimidade é apenas indireta porque deriva da lei cuja execução o ato administrativo se encarrega de realizar. Por isso, como não é lei, o ato administrativo por si só está impossibilitado de criar deveres e proibições ao particular.

Desse modo, levando em conta seu significado para o Direito Administrativo, o art. 5º, II, da CF deve ser assim compreendido: **ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de ato administrativo**.

A prova de Auditor Fiscal do TCU feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da legalidade impede que a Administração crie direitos de qualquer espécie mediante ato administrativo".

A título de ilustração convém recordar dois exemplos verídicos de violação da legalidade geral.

Caso 1: foi declarado inconstitucional o decreto do Prefeito de Aparecida do Norte/SP proibindo o uso de minissaia nas ruas do município.

Caso 2: antes de ser uma imposição prevista no Código Brasileiro de Trânsito, foi considerada nula a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança determinada por decreto municipal do Prefeito de São Paulo.

Nas duas situações, deveres e obrigações foram criados mediante ato administrativo desatendendo à norma do art. 5º, II, da Constituição Federal.

Convém ressaltar o sentido da legalidade para os particulares: proibições e deveres só podem ser criados por lei. Já no âmbito doméstico da Administração Pública, isto é, em relação aos agentes públicos, o ato administrativo cumpre papel de maior destaque, especialmente no que respeita à definição de regras internas e ordens de serviço emanadas por superiores hierárquicos, casos em que as obrigações de fazer ou deixar de fazer podem ser estabelecidas diretamente pelo próprio ato administrativo.

3) Art. 84, IV: "*Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como* ***expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução***". A parte final do dispositivo reforça **o papel secundário reservado aos atos administrativos no direito brasileiro**. Secundário no sentido de que tais atos pressupõem a existência de uma lei a ser por eles regulamentada e, em decorrência, executada. Sem lei prévia não se admite a prática de ato administrativo

disciplinando determinada matéria. A função do ato administrativo é estabelecer uma ponte concretizadora entre a lei geral e o caso específico. Restringe-se a estabelecer detalhamentos capazes de tornar aplicável o dispositivo legal. Decretos e regulamentos, assim como todos os atos administrativos em geral, só podem ser expedidos para viabilizar a execução da lei.

2.6.1.5 Legalidade privada e legalidade pública

Hely Lopes Meirelles destaca os diferentes significados que a legalidade tem no Direito Privado e no Direito Público. A famosa passagem do autor, objeto de incontáveis questões nos concursos públicos, é a seguinte: "**Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal**. Enquanto na **administração particular** é lícito fazer **tudo que a lei não proíbe**, na **Administração Pública** só é permitido fazer **o que a lei autoriza**".[9]

A prova de Auditor Fiscal do TCU feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não veda, pelo princípio da legalidade, a Administração só pode realizar o que lhe é expressamente autorizado em lei".

ATENÇÃO: Essa frase cai em toda prova! Hely Lopes Meirelles: "*Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*".

A relação que o **particular** tem com a lei é de liberdade e **autonomia da vontade**, de modo que os ditames legais operam fixando limites negativos à atuação privada. Assim, o silêncio da lei quanto ao regramento de determinada conduta é recebido na esfera particular como permissão para agir. Por isso, normas permissivas no Direito Privado tendem a ser desnecessárias, já que a simples ausência de disciplina legal equivale à autorização. As normas privadas permissivas servem para criar exceções dentro de proibições gerais ou reforçar liberdades já existentes em decorrência da falta de regramento. O Direito Privado tem uma **norma geral permissiva implícita**, pois a ausência de norma específica está tacitamente regulada como permissão genérica.

Pelo contrário, a relação do agente público com a lei é de **subordinação**, razão pela qual os regramentos estabelecidos pelo legislador desenham limites positivos para as atividades públicas. Por isso, a ausência de disciplina legal sobre certo comportamento significa no âmbito da Administração Pública uma proibição de agir. O legislador define normas públicas proibitivas somente para excepcionar permissões gerais ou rechaçar comportamentos vedados pela falta de norma específica. No Direito Público existe uma **norma geral proibitiva implícita** na medida em que a falta de regra específica atrai a incidência de um comando proibitivo genérico.

[9] *Direito administrativo brasileiro*, p. 86, com destaques nossos.

Diferenças entre legalidade privada e legalidade pública

Critério de diferenciação	Legalidade privada	Legalidade pública
Destinatário	Particulares	Agentes públicos
Fundamento	Autonomia da vontade	Subordinação
Significado	Podem fazer tudo que a lei não proíbe	Só podem fazer o que a lei autoriza
Silêncio legislativo	Equivale a permissão	Equivale a proibição
Sentido da norma específica	Normas permissivas excepcionam proibições gerais ou reforçam liberdades	Normas proibitivas excepcionam permissões gerais ou reforçam vedações
Norma geral implícita	Permissiva	Proibitiva

2.6.1.6 Exceções à legalidade

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a Constituição Federal prevê três institutos que alteram o funcionamento regular do princípio da legalidade por meio da outorga de poderes jurídicos inexistentes em situações de normalidade: a) a **medida provisória** (art. 62 da CF); b) o **estado de defesa** (art. 136 da CF); c) o **estado de sítio** (arts. 137 a 139 da **CF**).[10]

Rejeitando que a discricionariedade seja exceção à legalidade, a prova de Analista do TCU elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A existência de atos administrativos discricionários constitui uma exceção ao princípio da legalidade, previsto expressamente na Constituição da República".

2.6.1.7 Teoria da supremacia especial

Recentemente ganhou força no Brasil uma teoria europeia que propõe nova forma de compreender o alcance do princípio da legalidade. A teoria da supremacia especial ou da sujeição especial surgiu na Alemanha durante o século XIX e foi difundida por **Otto Mayer**,[11] desfrutando ainda de algum prestígio na Espanha e na Itália. Em nosso país foi objeto de um tratamento minucioso no *Curso de direito administrativo*, de Celso Antônio Bandeira de Mello.[12]

Em linhas gerais a referida teoria identifica duas espécies de relação jurídica entre a Administração e os particulares:

1) Relações de sujeição ou supremacia geral: são os **vínculos** jurídicos **comuns** que ligam a Administração e os particulares no contexto do poder de polícia.

---

10 *Curso de direito administrativo*, p. 105-106.

11 Otto Mayer (Alemanha, 1846-1924): brilhante administrativista alemão, é considerado o pai do moderno Direito Administrativo, sendo utilizado como fonte por todos os autores importantes do século passado. Na minha opinião, Otto Mayer é o maior administrativista de todos os tempos, pela profundidade de sua obra e pela influência que até hoje exerce entre os doutrinadores. Sugestão de leitura: *Derecho Administrativo Alemán*, em espanhol, Ediciones Depalma.

12 Especialmente no Capítulo XIV sobre *Poder de Polícia*. Também tratamos detalhadamente do assunto em nosso livro *Agências reguladoras*, Editora Malheiros.

Tais vinculações são marcadas por um natural distanciamento entre as posições ocupadas pelas partes, e, nelas, o princípio da legalidade tem o comportamento tradicional, isto é, somente por meio de lei podem ser criadas obrigações de fazer ou de não fazer, cabendo à Administração o papel de simples executora da vontade legal.

2) Relações de sujeição ou supremacia especial: por outro lado, haveria, a par dos vínculos jurídicos comuns, algumas situações ensejadoras de relações jurídicas peculiares marcadas por uma **maior proximidade** diante da estrutura estatal, surgindo na hipótese de o particular **ingressar**, física ou juridicamente, **na intimidade da Administração Pública**, de modo a atrair a incidência de um conjunto especial de princípios e normas derrogatórias da disciplina convencional aplicável ao poder de polícia.

Exemplos de relações de sujeição especial: **usuário de biblioteca municipal** e **aluno de universidade pública**.

Nesses dois casos, o ingresso espontâneo dos indivíduos dentro do ambiente administrativo obriga a uma alteração no funcionamento convencional do princípio da legalidade. A necessidade de uma disciplina detalhada desse vínculo especial e a impossibilidade fática de o legislador expedir regras apropriadas a questões domésticas da Administração justificam a **ampliação da atividade normativa** exercida pela própria estrutura administrativa. Nas relações jurídicas de sujeição especial, **admite-se a criação de deveres e proibições por meio de ato administrativo**, desde que disciplinando exclusivamente questões relativas ao vínculo específico e que não haja descumprimento de garantias estabelecidas na legislação.

> CUIDADO: A teoria da supremacia especial foi muito pouco estudada pela doutrina brasileira, sendo difícil prever o impacto que sua aplicação, capaz de reduzir as garantias inerentes à legalidade, causaria num país de curta história democrática. Convém lembrar que a utilização da referida teoria foi abandonada na maioria dos países europeus, principalmente pelo viés autoritário de alguns desdobramentos de sua aplicação. O maior risco está na utilização das relações de sujeição especial como pretexto para limitar indevidamente a liberdade dos cidadãos, criando deveres e proibições estabelecidos sem o debate democrático do Poder Legislativo. No contexto dos concursos públicos, as indagações que envolvem a teoria da sujeição especial são ainda muito raras, havendo poucos examinadores cientes da novidade. Assim, recomenda-se moderação no uso desse novo instituto, evitando estender sua aplicação para além das duas hipóteses acima mencionadas (usuário de biblioteca e aluno de universidade pública).

2.6.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade estabelece um dever de **imparcialidade** na defesa do interesse público, **impedindo discriminações e privilégios** indevidamente dispensados a particulares no exercício da função **administrativa**. Segundo a excelente conceituação prevista na Lei do Processo Administrativo, trata-se de uma obrigatória "**objetivi-**

A prova de Assistente Jurídico do DF/Cespe considerou CERTA a assertiva: "No princípio da impessoalidade, traduz-se a ideia de que a administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas".

dade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades" (art. 2º, parágrafo único, III, da Lei n. 9.784/99).

A relação da impessoalidade com a noção de **finalidade pública é indiscutível**. Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade "nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal".[13] Ao agir visando a finalidade pública prevista na lei, a Administração Pública necessariamente imprime impessoalidade e objetividade na atuação, evitando tomar decisões baseadas em preferência pessoal ou sentimento de **perseguição**.

A prova de Analista do TRF feita pela Esaf considerou CORRETA a seguinte assertiva: "Entre os requisitos ou elementos essenciais à validade dos atos administrativos, o que mais condiz com o atendimento da observância do princípio fundamental da impessoalidade é o relativo à finalidade".

A prova de Analista do TCU feita pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "O atendimento do administrado em consideração ao seu prestígio social angariado junto à comunidade em que vive não ofende o princípio da impessoalidade da administração pública".

A impessoalidade possui outro aspecto importante. A **atuação dos agentes públicos é imputada ao Estado**, significando um agir impessoal da Administração. Assim, as realizações não devem ser atribuídas à pessoa física do agente público, mas à pessoa jurídica estatal a que estiver ligado. Por isso que, em regra, a responsabilidade pela reparação de danos causados no exercício regular da função administrativa é do Estado, e não do agente que realizou a **conduta**.

Utilizando a interessante metáfora da impessoalidade como ATUAÇÃO SEM ROSTO, a prova da Defensoria/MG considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da impessoalidade terá duplo sentido: afasto o rosto do administrador e as influências dos administrados particularmente considerados".

Apesar da proximidade de conteúdo, o dever de impessoalidade não se confunde com o princípio da isonomia. Nesse sentido, Lucia Valle Figueiredo esclarece: "É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou do administrador, está infringindo a impessoalidade".[14]

Cabe destacar que diversos institutos e normas específicas de Direito Administrativo revelam uma preocupação com a **impessoalidade**, especialmente, regras sobre impedimento e suspeição válidas para o processo **administrativo**, a vedação de promoção pessoal de autoridades públicas, a licitação e o concurso **público**.

A prova de Analista do IRB/2006 feita pela Esaf considerou o pagamento por precatório (art. 100 da CF) uma derivação do princípio da impessoalidade.

A prova do Ministério Público do TCU/Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Regras relativas a impedimentos e suspeições são aplicadas a servidores públicos como corolário do princípio da impessoalidade".

---

13 *Direito administrativo brasileiro*, p. 89-90.

14 *Curso de direito administrativo*, p. 63.

2.6.2.1 Subprincípio da vedação da promoção pessoal

Desdobramento fundamental do princípio da impessoalidade é a **vedação da promoção pessoal** de agentes ou autoridades. A maior preocupação do legislador foi impedir que a propaganda dos atos, obras e programas do governo pudesse ter um caráter de pessoalidade por meio da associação entre uma realização pública e o agente público responsável por sua execução. A atuação deve ser impessoal também nesse sentido. Note que a impessoalidade é **caminho de mão dupla**. De um lado, o administrado deve receber tratamento sem discriminações ou preferências; de outro, o agente público não pode imprimir pessoalidade associando sua imagem pessoal a uma realização governamental.

A prova de Analista de Finanças e Controle/Esaf considerou ERRADA a afirmação: "Da publicidade dos atos e programas dos órgãos públicos poderão constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, desde que tal iniciativa possua caráter educativo".

É o que prescreve o art. 37, § 1º, da Constituição Federal: "A **publicidade** dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter **caráter educativo, informativo ou de orientação social**, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores **públicos**".

▶ CUIDADO: **O art. 37, § 1º, da Constituição Federal** ("a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo e de orientação social...") **é uma regra de impessoalidade**.

A palavra "publicidade" está empregada no sentido de propaganda, não induzindo **nenhuma relação com o princípio da publicidade**.

A presença de nomes, símbolos ou imagens de agentes ou autoridades nas propagandas governamentais compromete a noção de *res publica* e a impessoalidade da gestão da coisa pública. Pela mesma razão, ofende a impessoalidade: a) batizar logradouro público com nome de parente para eternizar o famoso sobrenome do político; b) imprimir logomarcas (pequenas imagens que simbolizam políticos ou denominações partidárias, como vassouras, vasos, bonequinhos etc.) em equipamentos públicos ou uniformes escolares; c) manter a data de inauguração ao lado da obra.

No julgamento do RE 191668/RS, em 14-4-2008, o STF entendeu que a **inclusão de *slogan* de partido político** na publicidade dos atos governamentais **também ofende o art. 37, § 1º, da Constituição Federal**: "Considerou-se que a referida regra constitucional objetiva assegurar a impessoalidade da divulgação dos atos governamentais, que devem voltar-se exclusivamente para o interesse social, sendo incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, **aí incluídos *slogans*** que caracterizem a promoção pessoal ou de servidores públicos. Asseverou-se que a possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público ofende o princípio da impessoa-

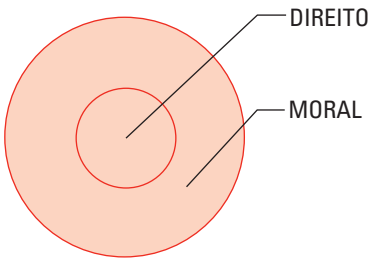
lidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando imposto na Constituição".

2.6.3 Princípio da moralidade

Diversas teorias pretendem explicar as relações entre normas morais e normas jurídicas. A mais famosa é a **teoria do mínimo ético** defendida pelo filósofo inglês **Jeremias Bentham** e pelo jurista alemão **Georg Jellinek**.[15]

A teoria do mínimo ético defende que as regras jurídicas têm a função principal de reforçar a exigibilidade de um conjunto básico de preceitos éticos. O Direito faria parte de um complexo mais amplo de regras sociais pertencentes à Moral.

Ilustração da teoria do mínimo ético



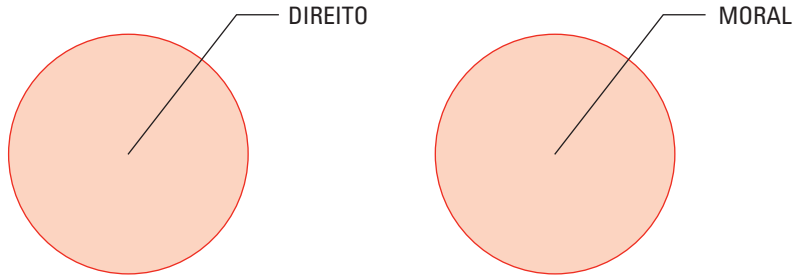
O grande equívoco dessa concepção está em supor que todas as regras jurídicas são morais. Parece evidente que o legislador nem sempre pauta o conteúdo das leis nos padrões da moralidade, mesmo porque o conceito do que é moral ou imoral pode variar bastante de um indivíduo para outro. A título de exemplo, é discutível a moralidade da regra brasileira que prevê prisão especial para indivíduos com nível superior (art. 295 do CPP).

Já a **teoria dos círculos independentes** defendida por Hans Kelsen sustenta a desvinculação absoluta entre o Direito e a Moral, constituindo conjuntos diferentes de regras sociais. Ao criar novas regras jurídicas, o legislador não estaria obrigado a compatibilizá-las com os padrões da moralidade vigentes na sociedade.

---

15 Georg Jellinek (Alemanha, 1851-1911): Jellinek foi um dos autores fundamentais para a construção do Direito Público moderno. Sua obra monumental *Sistema de direito público subjetivo* foi pioneira no estudo dos direitos que o cidadão tem perante o Estado. Entre muitas de suas teorias aceitas até hoje, destaca-se a concepção da soberania como um atributo inerente ao Estado. Sugestão de leitura: *Teoría general del Estado*, em espanhol, Ed. Albatroz.

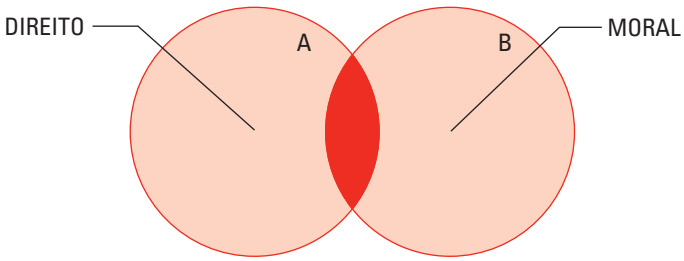
Ilustração da teoria dos círculos independentes



Porém, a teoria dos círculos independentes não oferece explicação satisfatória para os casos em que visivelmente o comportamento exigido pelo Direito coincide com o preceito moral. Como exemplo, pode ser mencionada a proibição do homicídio prevista art. 121 do Código Penal e conforme o padrão de conduta exigido pela moral.

Por fim, existe a **teoria dos círculos secantes** desenvolvida por Claude Du Pasquier, segundo a qual o Direito e a Moral seriam complexos normativos distintos com uma área de intersecção e, ao mesmo tempo, regiões particulares de independência.

Ilustração da teoria dos círculos secantes



Mais condizente com a realidade, a teoria dos círculos secantes permite concluir que existem pontos de concordância entre o jurídico e o moral, mas não há uma coincidência total entre suas exigências. Importante frisar, ainda, a existência de comportamentos indiferentes para a Moral (amorais) e outros não disciplinados juridicamente.[16] Assim, podemos identificar vários tipos de enquadramento de uma conduta quanto à sua licitude e moralidade:

[16] Discute-se, em sede de Teoria Geral do Direito, se existiriam mesmo comportamentos juridicamente indiferentes. Parece-nos que não. Se o ramo é do Direito Público, tudo que não está autorizado é proibido. Se o ramo é do Direito Privado, tudo o que não está proibido está autorizado. Não há espaços vazios na disciplina jurídica. Mas, para não exagerar no rigorismo, mantivemos a visão tradicional da doutrina sobre o assunto (aceitação do juridicamente indiferente) nas nove modalidades seguintes.

1) comportamento lícito e imoral;
2) comportamento lícito e moral;
3) comportamento lícito e amoral (indiferente para a Moral);
4) comportamento ilícito e imoral;
5) comportamento ilícito e moral;
6) comportamento ilícito e amoral;
7) comportamento indiferente para o Direito e imoral;
8) comportamento indiferente para o Direito e moral;
9) comportamento indiferente para o Direito e amoral.

Essa primeira aproximação serve de ponto de partida para aprofundar o conteúdo do princípio da moralidade.

2.6.3.1 Conteúdo jurídico da moralidade administrativa

O Texto Constitucional de 1988, em pelo menos três oportunidades, impõe aos agentes públicos o dever de observância da moralidade administrativa.

Primeiro no art. 5º, LXXIII, autorizando a propositura de **ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa:** "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, *à moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Além disso, o art. 37, *caput*, elenca a moralidade como **princípio fundamental** aplicável à Administração Pública: "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência".

E ainda o art. 85, V, que define como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentarem contra a "probidade na administração".

Com isso, pode-se constatar que a moralidade administrativa constitui **requisito de validade** do ato administrativo.

É importante ressaltar que, quando a Constituição de 1988 definiu a moralidade como padrão de comportamento a ser observado pelos agentes públicos, **não houve juridicização de todas as regras morais vigentes na sociedade**. Fosse assim, bastaria a legalidade. Cumprindo a lei automaticamente, a moralidade seria atendida.

A **moralidade administrativa difere da moral comum**. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a **padrões éticos, de**

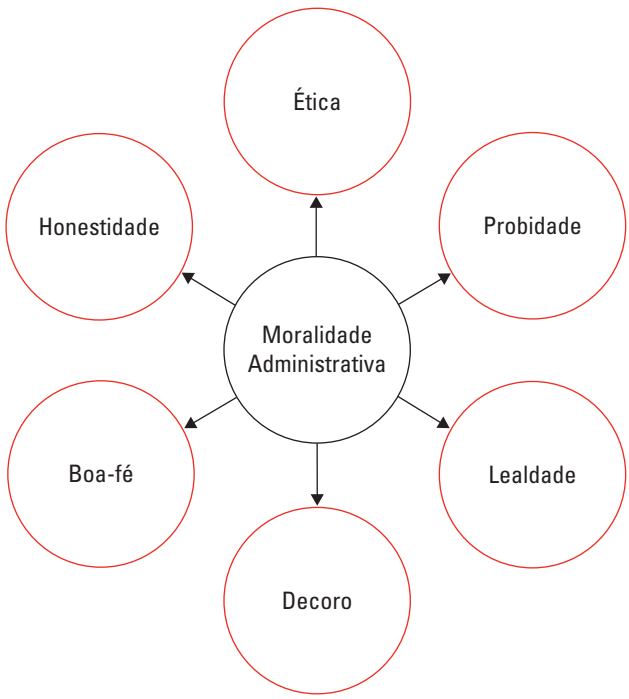
Rejeitando a amplitude do conceito técnico de moralidade administrativa, a prova de Auditor do Tesouro elaborada pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "A aplicação do princípio da moralidade administrativa demanda a compreensão do conceito de 'moral administrativa', o qual comporta juízos de valor bastante elásticos".

A prova da Magistratura/BA 2006 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A moralidade administrativa possui conteúdo específico, que não coincide, necessariamente, com a moral comum da sociedade, em determinado momento histórico; não obstante, determinados comportamentos administrativos ofensivos à moral comum podem ensejar a invalidação do ato, por afronta concomitante à moralidade administrativa".

boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa **administração**. Certas formas de ação e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis.

É precisa a observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Enquanto a moral comum é orientada para uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a **moral administrativa** é orientada para uma **distinção prática** entre a **boa e a má administração**".[17]

Conteúdo da moralidade



É nesse sentido que o art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei n. 9.784/99 define a moralidade nos processos administrativos como um dever de "atuação segundo

17 *Curso de direito administrativo*, p. 105.

padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé". E também o art. 166 da Lei n. 8.112/90 elenca como deveres dos servidores públicos "ser leal às instituições que servir" (inciso II) e "manter conduta compatível com a moralidade administrativa". Na mesma esteira de disciplina do comportamento ético dos agentes públicos, foram editados o Decreto n. 1.171/94 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Federal) e o Decreto n. 6.029/2007 (Sistema de Gestão Ética do Poder Executivo Federal).

As exigências impostas pelo princípio da moralidade atingem os **dois polos da relação jurídico-administrativa**. Além de vincular a Administração Pública, constitui **dever imposto também aos administrados** "proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé" (art. 4º, II, da Lei n. 9.784/99).

2.6.3.2 Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

Toda doutrina incorpora a noção de "boa-fé" ao conteúdo do princípio da moralidade administrativa. No Direito Privado, a boa-fé, em linhas gerais, está relacionada com a **honestidade**, a **correção** e a **confiabilidade** entre as partes contratantes.

No Direito Administrativo, tem ganhado força uma importante diferenciação entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

A **boa-fé subjetiva**, ou **boa-fé crença** ou **boa-fé convicção** consiste na investigação sobre **vontade** e **intenção** do indivíduo, especialmente para apurar o conhecimento ou o **desconhecimento da ilicitude** da conduta praticada. Fala-se que o agente atuou "de boa-fé", tendo como noção contraposta a "má-fé".

Já a **boa-fé objetiva** ou **boa-fé conduta** manifesta-se externamente por meio da investigação do **comportamento** do agente, sendo irrelevante sua intenção. Fala-se que o agente atuou "segundo a boa-fé", tendo como noção contraposta a "ausência de boa-fé", e não a má-fé.

É certo que a legislação administrativa prestigia a boa-fé objetiva manifestada pelas ações externas do agente público e dos particulares. **Para o Direito Administrativo interessa a atitude, não a intenção**. Se a conduta violou os padrões de lealdade, honestidade e correção, justifica-se a aplicação das penas definidas no ordenamento, sendo absolutamente irrelevante investigar fatores subjetivos e motivações psicológicas de quem realizou o comportamento censurável.

2.6.3.3 O problema da "moral paralela"

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando **Agustín Gordillo**,[18] chama a atenção para importante problema da Administração Pública moderna que é a existência

[18] Agustín Gordillo (pronuncia-se "Agustín Gordíjo") (Argentina): Gordillo é um dos mais profundos e influentes administrativistas da atualidade. É Professor Emérito da Universidade de Buenos Aires e Professor Titular da Universidade de Paris 1 (Sorbonne). Tem uma vasta obra sobre Direito Administrativo e Direitos Humanos traduzida em diversos idiomas. Sugestão de leitura: *Tratado de Derecho Administrativo*, volume 1, em espanhol, Editora Fundación de Derecho Administrativo.

de uma **duplicidade de regras, processos, organizações e sistemas** dentro do aparelho governamental. Regras formais e regras informais; processos formais e processos informais; organizações formais e organizações informais; sistemas formais e sistemas informais. Essa chamada "administração paralela" edificada à sombra das estruturas estatais oficiais favoreceria a descrença no dever de cumprimento das regras jurídicas e morais. E conclui a autora, na esteira da lição de Gordillo: "É só por meio da participação popular no controle da Administração Pública que será possível superar a existência dessa administração paralela e, em consequência, da moral paralela".[19]

2.6.3.4 Súmula Vinculante n. 13 do STF (antinepotismo)

A prova de Fiscal do Trabalho/2006 feita pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "A nomeação de um parente próximo para um cargo em comissão de livre nomeação e exoneração não afronta qualquer princípio da Administração Pública, desde que o nomeado preencha os requisitos estabelecidos em lei para o referido cargo".

Nepotismo (do latim *nepotis*, sobrinho) é a **nomeação de parente** para ocupar cargo de confiança. Contrária à moralidade, impessoalidade e eficiência **administrativas**, a prática do nepotismo foi recentemente condenada pela Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, de 21-8-2008: "**A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau**, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal**".

O avanço consagrado na súmula reforçou o caráter imoral e ilegítimo da nomeação de parentes para cargos em comissão, inclusive na **modalidade cruzada** ou **transversa** (o parente de X é nomeado no gabinete de Y em troca da nomeação de um parente de Y no gabinete de X), mas seu impacto positivo foi fragilizado em função de dois fatores:

1) ao fazer expressa referência a colaterais até o terceiro grau, a Súmula Vinculante n. 13 **legitimou a nomeação de primos**;

2) o próprio Supremo Tribunal Federal ressalvou que **a proibição não é extensiva** a agentes políticos do Poder Executivo como **ministros de estado** e **secretários estaduais, distritais e municipais** (entendimento exarado pelo STF em 3-8-2009 no julgamento da Reclamação 6.650/PR).

2.6.3.5 Resolução n. 7 do CNJ (antinepotismo)

Antes da Súmula Vinculante n. 13, o nepotismo já havia sido criticado pela Resolução n. 7 do Conselho Nacional de Justiça, de 18 de outubro de 2005, cujo

[19] *Direito administrativo*, p. 78.

teor, diante da frequência de perguntas em concursos **públicos**, transcrevemos abaixo destacando as partes mais importantes:

A prova de Procurador do DF feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Em atenção à necessidade de se preservar os padrões de moralidade no serviço público, sublinha-se a disciplina aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, em resolução regulamentadora de dispositivo constitucional, pela qual ficou expressamente vedada a condenável prática do nepotismo".

"RESOLUÇÃO N. 7, DE 18 DE OUTUBRO DE 2005 (excertos)

O Presidente do Conselho Nacional de Justiça resolve:

Art. 1º É **vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário**, sendo **nulos os atos** assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I – o exercício de **cargo de provimento em comissão ou de função gratificada**, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, **por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau**, inclusive, dos respectivos **membros ou juízes** vinculados;

II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, **de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau**, inclusive, de dois ou mais **magistrados, ou de servidores** investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior **mediante reciprocidade nas nomeações** ou designações;

III – **o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada**, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de **qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento**;

IV – a **contratação por tempo determinado** para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de **cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau**, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V – a **contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação**, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

Art. 3º São **vedadas a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço** com empresa que tenha **entre seus empregados cônjuges**, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante.

(...)

Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, **promoverão a exoneração** dos atuais ocupantes de

cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho.

Parágrafo único. Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações".

2.6.3.6 Instrumentos para defesa da moralidade

A legislação brasileira prevê diversos instrumentos de proteção da moralidade administrativa. Merecem destaque os seguintes:

a) Ação Popular: a ser proposta por qualquer **cidadão** contra ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, **à moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LVIII, da CF e Lei n. 4.717/65).

b) Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa: de legitimidade do **Ministério Público** e demais **pessoas jurídicas interessadas**, pode ser intentada contra ato de improbidade praticado por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual (Lei n. 8.429/92). As **penas** aplicáveis são **perda dos bens** ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, **ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos**, pagamento de **multa civil** e **proibição de contratar** com o Poder Público **ou receber benefícios** ou incentivos fiscais ou creditícios.

c) Controle externo exercido pelos Tribunais de Contas: nos termos do art. 70 da Constituição Federal, cabe aos Tribunais de Contas da União a **fiscalização** contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, **quanto à legalidade, legitimidade**, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

d) Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs): o art. 58, § 3º, da Constituição Federal autoriza a instauração, mediante requerimento de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado, em conjunto ou separadamente, de comissão parlamentar de inquérito com poderes de investigação próprios de autoridades judiciais para **apuração de fato determinado**.

2.6.3.7 Lei de Improbidade Administrativa

Importante progresso na proteção da moralidade administrativa foi alcançado com a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92, que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

A Lei n. 8.429/92 deu contornos concretos às exigências impostas pelo princípio da moralidade. Seu estudo detalhado será feito no capítulo sobre agentes públicos.

2.6.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade pode ser definido como o dever de **divulgação oficial dos atos administrativos** (art. 2º, parágrafo único, V, da Lei n. 9.784/99). Tal princípio encarta-se num contexto geral de **livre acesso dos indivíduos a informações** de seu interesse e de **transparência** na atuação administrativa, como se pode deduzir do conteúdo de diversas normas constitucionais, a saber:

Vinculando publicidade com moralidade, a prova de Auditor do Tesouro elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da publicidade visa a dar transparência aos atos da administração pública e contribuir para a concretização do princípio da moralidade administrativa".

a) art. 5º, XXXIII: "todos têm **direito a receber** dos órgãos públicos **informações de seu interesse** particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, **sob pena de responsabilidade**, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado";

b) art. 5º, XXXIV: "são a todos assegurados, **independentemente do pagamento de taxas**: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a **obtenção de certidões** em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal";

c) art. 5º, LXXII: "conceder-se-á ***habeas data***: a) para assegurar o **conhecimento de informações** relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a **retificação de dados**, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo". A impetração de *habeas data* é cabível quando a informação for relativa ao próprio impetrante. Fora dessa hipótese a obtenção de informação sonegada pelo Estado pode ser viabilizada pela utilização de **mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo**.

Como os agentes públicos atuam na defesa dos interesses da coletividade, a **proibição de condutas sigilosas** e **atos secretos** é um corolário da *natureza funcional* de suas atividades.

Ao dever estatal de garantir a publicidade de seus atos, corresponde o direito do administrado de ter ciência da tramitação de processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópia de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas (art. 3º, II, da Lei n. 9.784/99).

2.6.4.1 Transparência, divulgação oficial e publicação

Resumindo as considerações anteriores, é possível concluir que o princípio da publicidade engloba **dois subprincípios** do Direito Administrativo:

a) princípio da **transparência**: abriga o dever de prestar informações de interesse dos cidadãos e de não praticar condutas sigilosas;

b) princípio da **divulgação oficial**: exige a **publicação do conteúdo** dos atos praticados atentando-se para o **meio de publicidade** definido pelo ordenamento ou consagrado pela prática administrativa.

A prova de Delegado Federal/2004 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A veiculação do ato praticado pela administração pública na Voz do Brasil, programa de âmbito nacional, dedicado a divulgar fatos e ações ocorridos ou praticados no âmbito dos três poderes da União, é suficiente para ter-se como atendido o princípio da publicidade".

Recente decisão do STF considerou que não se considera atendida a obrigação de publicidade com a simples divulgação do ato administrativo no programa **A Voz do Brasil**.

2.6.4.2 Objetivos da publicidade

A publicidade dos atos administrativos constitui medida voltada ao cumprimento das seguintes **finalidades**:

A prova de Assistente Jurídico do DF/Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da publicidade relaciona-se à divulgação oficial do ato para conhecimento público".

a) **exteriorizar a vontade** da Administração Pública divulgando seu conteúdo para **conhecimento público**;

b) tornar **exigível o conteúdo** do ato;

c) desencadear a **produção de efeitos** do ato administrativo;

d) permitir o **controle de legalidade** do comportamento.

2.6.4.3 Formas de publicidade

A prova de Auditor Fiscal do TCU feita pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "O princípio da publicidade impõe a publicação, em jornais oficiais, de todos os atos da Administração".

O modo de dar-se a publicidade varia conforme o tipo de ato. No caso dos **atos individuais**, que são dirigidos a destinatário certo, ou mesmo para **atos internos**, a publicidade é garantida pela simples **comunicação do interessado**. Exemplo: autorização para o servidor sair mais cedo.

A prova de Agente de Inteligência da Abin/Cespe considerou ERRADA a seguinte assertiva: "Com base no princípio da publicidade, os atos internos da administração pública devem ser publicados no *Diário Oficial*".

Quanto aos atos gerais, isto é, dirigidos a destinatários indeterminados, a publicidade depende de **publicação no *Diário Oficial***. Exemplo: edital convocatório para concurso público.

Também exigem publicação no *Diário Oficial* os **atos individuais de efeitos coletivos**, que são aqueles do interesse imediato de um indivíduo, mas com repercussão para um grupo de pessoas. Exemplo: deferimento de férias de servidor (implica a redistribuição de tarefas a todos na repartição).

2.6.4.4 Natureza jurídica da publicação dos atos gerais

A doutrina discute a natureza jurídica do dever de publicação dos atos administrativos gerais. A **corrente majoritária** (Hely Lopes Meirelles) sustenta ser **condição de eficácia** do ato. Assim, por exemplo, se o governador assina decreto

e deixa de enviá-lo para publicação no *Diário Oficial*, o ato já existe, embora sem irradiar efeitos, exigindo para eventual revogação a expedição de um segundo decreto voltado à extinção do primeiro.

Para outros autores (**corrente minoritária**), a publicação dos atos gerais constitui **elemento de existência**, de modo que antes da publicação no *Diário Oficial* o ato não ingressa no mundo do direito, sendo vazio de significado jurídico. Por isso, arrependendo-se do conteúdo de um decreto assinado, mas ainda não publicado, o governador pode simplesmente desconsiderá-lo, inexistindo a necessidade de expedição de outro **decreto revocatório**.

Adotando a visão minoritária de Celso Antônio Bandeira de Mello, a prova de Auditor Fiscal da Receita Federal feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pode ser considerado como imperfeito (inexistente) o ato de nomeação de Secretário de Estado ainda não publicado no respectivo *Diário Oficial*".

Embora resulte no embaraço prático de impor a revogação de ato nunca publicado, **em concursos** deve ser adotada a primeira corrente, que sustenta ser a publicação de ato geral mera **condição de eficácia**.

2.6.4.5 Exceções à publicidade

O próprio texto constitucional definiu três exceções ao princípio da publicidade, autorizando o sigilo nos casos de risco para: a) a **segurança do Estado** (art. 5º, XXXIII, da CF). Exemplo: informações militares; b) a **segurança da sociedade** (art. 5º, XXXIII, da CF). Exemplo: sigilo das informações sobre o interior de usina nuclear para evitar atentados terroristas; c) a **intimidade dos envolvidos** (art. 5º, X, da CF). Exemplo: processos administrativos disciplinares.

A prova de Analista do TCU elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A declaração de sigilo dos atos administrativos, sob a invocação do argumento da segurança nacional, é privilégio indevido para a prática de um ato administrativo, pois o princípio da publicidade administrativa exige a transparência absoluta dos atos, para possibilitar o seu controle de legalidade".

Regulamentando o art. 5º, XXXIII, da CF, a Lei n. 11.111/2005 disciplina o acesso aos documentos públicos de interesse particular, interesse coletivo ou interesse geral, ressalvadas as hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 2º).

2.6.4.6 Atos secretos e improbidade administrativa

A recente crise no Senado Federal envolvendo a prática de atos secretos[20] recomenda lembrar que constituem **atos de improbidade** administrativa, que atentam contra princípios da Administração Pública, as condutas de **negar publicidade a ato oficial** e de **revelar fato ou circunstância** de que se tem ciência em razão das atribuições e que deveria permanecer em segredo (art. 11, III e IV, da Lei n. 8.429/92). As penas aplicáveis ao agente público que praticar tais comportamentos são: a) ressarcimento integral do dano, se houver; b) perda da função pública;

[20] Divulgada pela imprensa no 2º trimestre de 2009.

c) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; d) pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos (art. 12 da Lei n. 8.429/92).

Rejeitando aplicabilidade imediata do princípio da eficiência, a prova de Auditor do Tesouro elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da eficiência não pode ser exigido enquanto não for editada a lei federal que deve defini-lo e estabelecer seus contornos". Para provas da Esaf, é mais seguro adotar esse estranho ponto de vista, nas demais provas não.

2.6.5 Princípio da eficiência

Acrescentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal pela **Emenda n. 19/98**, o princípio da eficiência foi um dos pilares da Reforma Administrativa que procurou implementar o modelo de **administração pública gerencial** voltada para um controle de **resultados** na atuação estatal.

A prova de Fiscal do Trabalho/2006 feita pela Esaf considerou CERTA a afirmação: "O gerenciamento de recursos públicos sem preocupação de obter deles o melhor resultado possível, no atendimento do interesse público, afronta o princípio da eficiência".

Economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo princípio da **eficiência**.

É impossível deixar de relacionar o princípio da eficiência com uma **lógica da iniciativa privada** de como administrar. Porém, o Estado não é uma empresa; nem sua missão, buscar o lucro. Por isso, o princípio da eficiência não pode ser analisado senão em conjunto com os demais princípios do Direito Administrativo. A eficiência não pode ser usada como pretexto para a Administração Pública descumprir a lei. Assim, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência consiste em obrigar a Administração a **buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei**.

A prova de Analista do Tesouro elaborada pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "A adoção do princípio da eficiência no texto constitucional, nos termos da Emenda Constitucional n. 19/98, autoriza a prevalência deste princípio em relação ao da legalidade na busca pela Administração Pública gerencial".

Para o servidor público federal, a **produtividade** constitui, inclusive, um dos fatores avaliados durante o período de **estágio probatório**.[21] Além disso, o art. 116 da Lei n. 8.112/90 enumera diversos **deveres do servidor** público relacionados com a eficiência, tais como: **atender com presteza** o público em geral (inciso V) e zelar pela **economia do material** (inciso VII).

Ao dever estatal de atuação eficiente corresponde o **direito dos usuários** de serviço público a uma prestação com qualidade e **rapidez**.

---

[21] É o que estabelece o art. 20 da Lei n. 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal): "Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguinte fatores: I – assiduidade; II – disciplina; III – capacidade de iniciativa; IV – ***produtividade***; V – responsabilidade.

2.6.5.1 Eficiência, eficácia e efetividade

Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, eficiência, eficácia e efetividade são conceitos que não se confundem. A **eficiência** seria o **modo** pelo qual se exerce a função administrativa. A **eficácia** diz respeito aos **meios e instrumentos** empregados pelo agente. E a **efetividade** é voltada para os **resultados** de sua atuação.[22]

2.6.5.2 Institutos correlatos

A preocupação com a eficiência é refletiva em diversos institutos do Direito Administrativo no Brasil, especialmente:

a) Estágio probatório (art. 41 da CF): período após a posse no cargo público durante o qual o servidor é avaliado quanto aos quesitos de eficiência e produtividade.

b) Contrato de gestão das agências executivas (art. 37, § 8º, da CF), a ser celebrado com entidades e órgãos públicos para ampliação de sua autonomia e fixação de **metas de desempenho**.

Admitindo que o instituto da reconsideração também deriva do princípio da eficiência, a prova de Delegado Federal elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A possibilidade de reconsideração por parte da autoridade que proferiu uma decisão objeto de recurso administrativo atende ao princípio da eficiência".

c) Duração razoável dos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF).

d) Parcerias da Administração Pública: variados instrumentos de cooperação entre a Administração e particulares para aumento da qualidade e eficiência nas atividades públicas, tais como parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004), concessões e permissões de serviço público (Lei n. 9.897/99), termos de parceria firmados com organizações da sociedade civil de interesse público (9.790/99), **contratos de franquia** etc.

A prova da AGU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Na Constituição Federal, a inserção do princípio da eficiência como princípio administrativo geral fez acompanhar-se de alguns mecanismos destinados a facilitar sua concretização, como a participação do usuário na administração pública indireta e a possibilidade de aumento da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta".

2.7 PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS

O universo dos princípios do Direito Administrativo não se esgota no plano constitucional. Os doutrinadores fazem referência a diversos outros princípios administrativos, muitos dos quais estão previstos na legislação infraconstitucional, especialmente no art. 2º, parágrafo único, da **Lei n. 9.784/99**: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e **eficiência**".

A prova da PFN/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Considerando os princípios expressos e implícitos componentes do regime jurídico-administrativo no Direito Brasileiro, a Lei n. 9.784/99 arrola os princípios da legalidade; finalidade; motivação; razoabilidade; proporcionalidade; moralidade; ampla defesa; contraditório; segurança jurídica; interesse público e eficiência".

---

22 *Manual de direito administrativo*, p. 30.

Importante frisar que a falta de previsão constitucional não significa menor importância diante dos princípios diretamente mencionados no Texto Maior. Princípios infraconstitucionais e doutrinários têm a **mesma relevância sistêmica** daqueles referidos na Constituição Federal.

2.7.1 Princípio da autotutela

Utilizando o nome PRINCÍPIO DA SINDICABILIDADE como sinônimo para o princípio da autotutela, a prova de Analista Ministerial/TO elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Pelo princípio da sindicabilidade, todos os atos administrativos são passíveis de controle pela Administração".

A prova de Procurador do Estado/PR 2007 considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da autotutela diz respeito ao controle que a Administração Pública exerce sobre os próprios atos, anulando os ilegais e revogando os inconvenientes ou inoportunos".

O princípio da autotutela consagra o **controle interno** que a Administração Pública exerce sobre seus próprios **atos**. Como consequência da sua **independência funcional** (art. 2º da CF), a Administração **não precisa recorrer ao Judiciário** para anular seus atos ilegais e revogar os atos inconvenientes que pratica. Consiste no **poder-dever** de retirada de atos administrativos por meio da anulação e da revogação. A anulação envolve problema de **legalidade**, a revogação trata de **mérito do ato**.

Tutelar é proteger, zelar. Em regra, as pessoas comuns devem recorrer ao Poder Judiciário para proteger seus interesses e direitos. **Tutela** é a proteção **via Poder Judiciário**. Não é disso que o princípio trata. Quando o direito outorga poder de autotutela ou **autoproteção** é porque dispensa a obrigatoriedade de intervenção judicial para proteção de direitos. É o caso da autotutela administrativa: proteção dos interesses pelas forças do próprio interessado – que é a Administração. A autotutela é um meio de acelerar a **recomposição da ordem jurídica** afetada pelo ato ilegal e dar presteza à **proteção do interesse público** violado pelo ato inconveniente.

Está consagrado no art. 53 da Lei n. 9.784/99: "A Administração **deve anular** seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e **pode revogá-los** por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os **direitos adquiridos**". O dispositivo enfatiza a natureza vinculada do ato anulatório ("*deve* anular") e discricionária do ato revocatório ("*pode* revogá-los").

A prova do Ministério Público do TCU/Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A revogabilidade dos atos administrativos, derivada do princípio da autotutela, comporta hipóteses em que a revogação não é possível".

O princípio da autotutela é **decorrência da supremacia do interesse público** e encontra-se consagrado em duas súmulas do **Supremo Tribunal Federal**:

a) Súmula **356**: "*A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*".

b) Súmula **473**: "*A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*".

A utilização do verbo "pode" para se referir à anulação está equivocada nas duas súmulas. A Administração *deve* anular seus atos ilegais.

Por fim, convém destacar que autotutela não se confunde com **tutela administrativa** ou **tutela ministerial**. Esta última é o poder de **supervisão ministerial** exercido pela Administração Direta sobre entidades da Administração Indireta (art. 19 do Decreto-Lei n. 200/67).

2.7.2 Princípio da obrigatória motivação

O princípio da obrigatória motivação impõe à Administração Pública o dever de **indicação dos pressupostos de fato e de direito** que determinaram a prática do ato (art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei n. 9.784/99). Assim, a validade do ato administrativo está condicionada à apresentação **por escrito** dos fundamentos fáticos e jurídicos justificadores da decisão adotada.

Trata-se de um **mecanismo de controle** sobre a legalidade e legitimidade das decisões da Administração Pública.

O dever de motivar os atos administrativos encontra fundamento em diversos dispositivos normativos, merecendo destaque:

a) art. 93, X, da Constituição Federal: "as **decisões administrativas** dos tribunais **serão motivadas** em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros";

b) art. 50 da Lei n. 9.784/99: "Os **atos administrativos deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (...)".

Entretanto, a Constituição de 1988 **só** prevê **expressamente** o dever de **motivação** para atos administrativos dos **Tribunais e do Ministério Público**.

A prova da PFN/2007 elaborada pela Esaf considerou VERDADEIRA a afirmação: "Considerando o princípio da Motivação, a Constituição Federal prevê a exigência de motivação apenas para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público".

2.7.2.1 Motivação, motivo, causa, móvel e intenção real

A adequada compreensão do referido princípio depende de um esclarecimento sobre cinco conceitos muito próximos, mas inconfundíveis:

a) Motivação: é a **justificativa escrita** sobre as razões fáticas e jurídicas que determinaram a prática do ato. Exemplo: na multa de trânsito, o documento de notificação do infrator contém a motivação do ato.

b) Motivo: é o **fato que autoriza a realização do ato** administrativo. Exemplo: a infração é o motivo da multa de **trânsito**.

A prova de Técnico do TCU elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "Motivo e motivação dos atos administrativos são conceitos coincidentes e significam a situação de fato e de direito que serve de fundamento para a prática do ato administrativo".

c) Causa: é o nexo de **pertinência lógica entre o motivo do ato e o conteúdo**, sendo útil para aferir a proporcionalidade da conduta. Exemplo: a demissão de servidor

público motivada em faltas justificadas é ato de punição desproporcional e ilegal, tendo em decorrência um defeito na causa.

d) Móvel: é a intenção declarada pelo agente como justificativa para prática do ato. Exemplo: prefeito que declara de interesse público determinado imóvel para construir uma creche "diante da inadiável necessidade de atender as crianças carentes do bairro" (móvel do decreto).

e) Intenção real: é a verdadeira razão que conduziu o agente a praticar o ato. Exemplo: decreto expropriatório praticado com a intenção real de perseguição contra o dono. Se a intenção real comprovadamente não coincidir com o móvel (intenção declarada), o ato administrativo pode ser anulado.

2.7.2.2 Abrangência do dever de motivar

Há controvérsia doutrinária sobre o **alcance do dever de motivar** em relação aos atos vinculados e aos discricionários.

Alguns autores sustentam que a motivação seria obrigatória somente para atos vinculados. Para outros, a motivação seria necessária apenas nos atos discricionários. Entretanto, a **corrente majoritária** defende que a motivação é obrigatória tanto nos **atos vinculados** quanto nos **atos discricionários**.

É a conclusão que melhor se coaduna com a norma do art. 50 da Lei n. 9.784/99:

"Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo".

O texto de lei não faz qualquer diferenciação quanto ao ato ser vinculado ou discricionário.

Outro ponto importante: o art. 54 da Lei n. 9.784/99 enumera um **rol exemplificativo** dos atos que exigem motivação. **Todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado** (posição mais segura para concursos). Em sentido contrário, José dos Santos Carvalho Filho sustenta que "só se poderá considerar a motivação obrigatória se houver norma legal expressa nesse sentido"[23] (visão minoritária).

---

[23] *Manual de direito administrativo,* p. 110.

2.7.2.3 Motivação dispensada

Há atos, no entanto, que dispensam motivação escrita. Basicamente isso ocorre em três casos:

a) motivação evidente: como nos atos de gesticulação executados por policial na disciplina do trânsito;

b) motivação inviável: na hipótese, por exemplo, de sinais de trânsito emitidos por semáforos;

c) nomeação e exoneração de cargos comissionados: conhecidos como cargos "de confiança", são de livre provimento dispensando motivação.

Mas se for apresentado motivo falso ou inexistente, a exoneração de comissionado será nula (teoria dos motivos determinantes).

2.7.2.4 Momento da motivação

A motivação deve ser apresentada **simultaneamente** ou **no instante seguinte** à prática do ato. Motivação intempestiva (posterior) ou extemporânea (anterior) causa nulidade do **ato administrativo**.

A prova da Procuradoria Distrital/2007 considerou ERRADA a afirmação: "À luz do Princípio da Motivação, a validade do ato administrativo independe do caráter prévio ou da concomitância da motivação pela autoridade que o proferiu com relação ao momento da prática do ato".

2.7.2.5 Três atributos da motivação

Determina o art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/99, que a motivação deve ser **explícita, clara** e **congruente**, podendo consistir em declarações de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que serão parte integrante do ato.

Ao definir esses três atributos, o legislador desejou inibir a apresentação de motivação implícita, obscura ou desarrazoada.

2.7.2.6 Motivação *aliunde*

O próprio art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/99 permitiu a utilização da denominada **motivação *aliunde*** ou ***per relationem***: aquela indicada **fora do ato**, consistente em concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas. Opõe-se à **motivação contextual** em que os fundamentos de fato e de direito estão indicados **no próprio contexto do ato**, não havendo remissão à **motivação externa**.[24]

A prova de Agente de Inteligência da Abin/Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Não viola o princípio da motivação dos atos administrativos o ato da autoridade que, ao deliberar acerca de recurso administrativo, mantém decisão com base em parecer da consultoria jurídica, sem maiores considerações".

[24] José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 111.

2.7.2.7 Teoria dos motivos determinantes

A prova de Técnico do TCU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A teoria dos motivos determinantes cria para o administrador a necessária vinculação entre os motivos invocados para a prática de um ato administrativo e a sua validade jurídica".

A teoria dos motivos determinantes afirma que **o motivo apresentado** como fundamento fático da conduta **vincula a validade do ato administrativo**. Assim, havendo comprovação de que o alegado pressuposto de fato é falso ou inexistente, o ato torna-se nulo.

A prova da Procuradoria Federal/2007 considerou INCORRETA a afirmação: "De acordo com a teoria dos motivos determinantes, os motivos que determinaram a vontade do agente e que serviram de suporte à sua decisão integram o plano da existência do ato administrativo".

Assim, por exemplo, se o infrator demonstrar que a **infração não ocorreu**, a **multa é nula**.

Ainda nos casos em que a lei dispensa a apresentação de motivo, sendo apresentada razão falsa, o ato deve ser anulado. É o caso, por exemplo, de ocupante de cargo em comissão. Sua exoneração não exige motivação (exoneração *ad nutum*), mas, se for alegado que o desligamento ocorreu em decorrência do cometimento de crime, tendo havido absolvição na instância penal, a exoneração torna-se nula.

A prova do Ministério Público Federal/2000 considerou CORRETA a afirmação: "Consoante a teoria dos motivos determinantes do ato administrativo, exposta por Gaston Jèze, se a lei somente os legitimar mediante a adoção de certos motivos, o ato não poderá subsistir caso inocorra algum desses motivos, previamente traçados".

Nascida no âmbito do contencioso administrativo francês e por força da doutrina de Gaston **Jèze**, a teoria dos motivos determinantes foi desenvolvida a partir do caso de um **servidor público exonerado** sob alegação de que fora formulado pedido de desligamento. Provando que o **pedido nunca ocorrera, a exoneração foi declarada nula**.

Tratando da hipótese de PLURALIDADE DE MOTIVOS DETERMINANTES, a prova da Procuradoria Federal/2007 considerou CORRETA a afirmação: "Não se decreta a invalidade de um ato administrativo quando apenas um, entre os diversos motivos determinantes, não está adequado à realidade fática".

2.7.3 Princípio da finalidade

O princípio da finalidade está definido no art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.784/99, como o dever de "**atendimento a fins de interesse geral**, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei".

Seu conteúdo obriga a Administração Pública a sempre agir, visando a **defesa do interesse público primário**. Em outras palavras, o princípio da finalidade proíbe o manejo das prerrogativas da função administrativa para alcançar objetivo diferente daquele definido na legislação.

Para Celso Antônio **Bandeira de Mello**, a finalidade é um princípio **inerente à legalidade:** "Na verdade, só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e

não por descuido do intérprete".[25] Já para **Hely Lopes** Meirelles, o princípio da finalidade é **sinônimo de impessoalidade**.[26]

Pode-se falar em **dois sentidos** para o princípio da finalidade: a) **finalidade geral:** veda a utilização de prerrogativas administrativas para defesa de interesse alheio ao interesse público. Exemplo: desapropriar, para fins de perseguição, imóvel de inimigo político; e b) **finalidade específica:** proíbe a prática de ato administrativo em hipóteses diferentes daquela para a qual foi previsto na lei, **violando sua tipicidade legal**. Exemplo: autorizar a realização de obra por meio de decreto quando a lei exige licença.

2.7.3.1 Teoria do desvio de finalidade

Desvio de finalidade, desvio de poder ou **tresdestinação** é defeito que torna nulo o ato administrativo quando praticado, tendo em vista **fim diverso daquele previsto**, explícita ou implicitamente, **na regra de competência** (art. 2º, parágrafo único, *e*, da Lei n. **4.717/65**).

A prova de Auditor Fiscal do TCU feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pelo princípio da finalidade, não se admite outro objetivo para o ato administrativo que não o interesse público".

A teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) surgiu na jurisprudência do **Conselho de Estado** francês. Sua origem remonta a uma decisão de **25 de fevereiro de 1864**, quando o contencioso francês baseou-se na teoria civilista do abuso de direito para anular o exercício de um poder usado para atingir objetivo diverso daquele que foi conferido pela lei.[27]

Os exemplos reais de desvio de finalidade são abundantes no cotidiano da vida política brasileira: 1) remoção de servidor público usada como forma de punição; 2) estrada construída com determinado trajeto somente para valorizar fazendas do **governador**; 3) ordem de prisão executada durante o casamento de inimigo do delegado; 4) processo administrativo disciplinar instaurado, sem fundamento, contra servidor desafeto do chefe; 5) transferência de policial civil para delegacia no interior a fim de afastá-lo da namorada, filha do governador; 6) desclassificação imotivada de empresa licitante porque contribuíra com o financiamento da campanha de adversário político do prefeito; 7) instauração de inquérito civil, sem qualquer fundamento, contra político inimigo do promotor de justiça.

A prova de Fiscal do Trabalho/2006 feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Um ato praticado com o intuito de favorecer alguém pode ser legal do ponto de vista formal, mas, certamente, comprometido com a moralidade administrativa, sob o aspecto material".

A teoria do desvio de poder é aplicável **a todas as categorias de agentes públicos**, podendo ensejar a nulidade de condutas praticadas por prefeitos, governa-

---

25 *Curso de direito administrativo*, p. 107-108.

26 *Direito administrativo brasileiro*, p. 89.

27 WEIL, Paul. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 3. ed. Paris: Editora Sirey, 1962, p. 29.

Entendendo cabível até responsabilidade civil pelo desvio de finalidade, a prova OAB/SP feita pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Um açodado membro do Ministério Público ingressa, de forma temerária, sem prévio inquérito civil público, com Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa contra um prefeito, seu desafeto pessoal. A ação foi trancada no seu nascedouro, reconhecendo o juiz a inadequação da ação, extinguindo a lide sem julgamento do mérito. Nesse caso, cabe responsabilidade civil pelos danos eventualmente causados ao acionado pela responsabilidade objetiva do Poder Público, desde que presentes os requisitos (nexo causal, dano)".

dores, juízes, delegados, promotores, legisladores etc. ainda que os atos realizados não sejam materialmente **atos administrativos**.

Não se deve **confundir** desvio de poder com **excesso de poder**. Segundo Hely Lopes Meirelles, "o excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e **exorbita no uso de suas faculdades administrativas**. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato".[28] No excesso de poder ocorre sempre **exagero** e **desproporcionalidade** entre a situação de fato e a conduta praticada pelo agente, o que não ocorre no desvio de poder. A prática de abuso de poder é crime nas hipóteses tipificadas na Lei n. 4.898/65.

A prova da Polícia Civil/SP feita pelo Cespe considerou CERTA a afirmação: "A razoabilidade pode ser utilizada como parâmetro para o controle dos excessos emanados de agentes do Estado, servindo para reprimir eventuais abusos de poder".

A prova de Técnico do TCU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O excesso de poder, uma das modalidades de abuso de poder, configura-se quando um agente público pratica determinado ato alheio à sua competência".

Assim, constata-se que o gênero "abuso de poder" comporta duas espécies: desvio de poder e **excesso de poder**. No desvio de poder (ou de finalidade), o agente competente atua visando interesse alheio ao interesse público; no excesso de poder, o agente competente exorbita no uso de suas atribuições indo **além de sua competência**.

Quadro comparativo entre desvio de poder e excesso de poder

Abuso de poder
(gênero)

Desvio de poder (espécie)	Excesso de poder (espécie)
• agente competente • ato visando interesse diverso do interesse público	• agente competente • exorbitância de competência • desproporcionalidade entre situação de fato e conduta praticada

[28] *Direito administrativo brasileiro*, p. 108.

Interessante discussão surge a respeito da natureza do desvio de finalidade: constituiria vício de intenção ou vício de comportamento?

A concepção tradicional defende a **teoria subjetiva** segundo a qual o desvio de finalidade seria um defeito, predominantemente, de **intenção** ou de **vontade** do agente. Para os adeptos dessa teoria, a comprovação da intenção viciada é **condição suficiente** para determinar a nulidade do ato. Assim, por exemplo, diante da demonstração de que o prefeito decide desapropriar determinado imóvel somente porque pertence a um inimigo político, tal circunstância é, de per si, bastante para tornar nulo o decreto expropriatório. Segundo a corrente subjetiva, nunca o interesse público será concretamente atendido se a conduta for motivada por intenção ilegal.

▶ Teoria subjetiva
Intenção viciada = desvio de finalidade

Nos concursos públicos, entretanto, predomina a aceitação da **teoria objetiva** que defende ser o desvio de finalidade essencialmente um **defeito no comportamento**. Para essa corrente, a intenção viciada é **condição necessária, mas não suficiente** para determinar a nulidade do ato. Além da comprovada intenção de praticar o ato tendo por objetivo interesse alheio ao contemplado na ordem jurídica, é indispensável também a **violação concreta do interesse público** resultante da opção eleita pelo administrador público. Assim, por exemplo, se o prefeito desapropria, com objetivo de perseguição, a casa de inimigo político a pretexto de construir uma creche, mas o imóvel reúne concretamente as melhores condições para atender à destinação pretendida, não há desvio de finalidade.

▶ Teoria objetiva
Intenção viciada + violação concreta do interesse público = desvio de finalidade

2.7.3.2 Tresdestinação lícita

Existem casos raros em que a própria ordem jurídica autoriza a válida substituição da finalidade que inicialmente motivou a prática do ato administrativo. São casos de **tresdestinação autorizada pela ordem jurídica**. A hipótese mais importante está prevista no art. 519 do Código Civil: "Se **a coisa expropriada** para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou **não for utilizada em obras ou serviços públicos**, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa".

O Código Civil, portanto, autoriza que o bem desapropriado **receba qualquer destinação pública** ainda que diferente daquela anteriormente prevista no decreto expropriatório, afastando a possibilidade de retrocessão (desfazimento da desapropriação).

Também o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo o instituto da tresdestinação lícita conforme se pode verificar do teor do seguinte julgado: "Cuida-se de recurso interposto contra acórdão do TJ-SP que entendeu não haver desvio de finalidade se o órgão expropriante dá outra destinação de interesse público ao imóvel

expropriado. Para a Min. Relatora **não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório**. A Ministra Relatora aduziu que a esse tipo de situação a doutrina vem dando o nome de 'tredestinação lícita' – aquela que ocorre quando, persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início. Assim, tendo em vista a manutenção da finalidade pública peculiar às desapropriações, a Turma negou provimento ao recurso" (Precedentes citados: REsp 710.065-SP, *DJ* 6-6-2005, e REsp 800.108-SP, *DJ* 20-3-2006. REsp 968.414-SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 11-9-2007).

2.7.4 Princípio da razoabilidade

Ser razoável é uma exigência inerente ao exercício de qualquer função pública. Sob a vigência do Estado de Direito não se pode admitir a utilização de prerrogativas públicas sem **moderação** e **racionalidade**. A própria noção de competência implica a existência de limites e restrições sobre o modo como as tarefas públicas devem ser **desempenhadas**.

A prova da Magistratura/SC 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade encontram-se implícitos na Constituição Federal e ganham relevância cada dia no estudo da atividade administrativa, embora hoje eles se estendam a outras áreas do Direito".

No Direito Administrativo, o princípio da razoabilidade impõe a obrigação de os agentes públicos realizarem suas funções com **equilíbrio, coerência** e **bom senso**. Não basta atender à finalidade pública predefinida pela lei, importa também saber ***como* o fim público deve ser atendido**. Trata-se de exigência **implícita na legalidade**.

Comportamentos imoderados, abusivos, irracionais, desequilibrados, inadequados, desmedidos, incoerentes ou desarrazoados não são compatíveis com o interesse público, pois geram a possibilidade de invalidação judicial ou administrativa do ato deles resultante.

Observe a assertiva considerada CORRETA na prova de Analista de Finanças e Controle/Esaf: "O regime jurídico-administrativo abrange diversos princípios. Entre eles vincula-se à limitação da discricionariedade o princípio da razoabilidade".

Especialmente nos domínios da **discricionariedade**, dos **atos sancionatórios** e do exercício do **poder de polícia**, o controle sobre a razoabilidade das condutas administrativas merece diferenciada atenção.

A possibilidade de revisão judicial de atos discricionários ilegítimos por descumprimento da razoabilidade é admitida por Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos: "O fato de não se poder saber qual seria a decisão ideal, cuja apreciação compete à esfera administrativa, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando uma dada providência, seguramente, sobre não ser a melhor, não é sequer comportada na lei em face de uma dada hipótese".[29]

[29] *Curso de direito administrativo*, p. 109.

2.7.5 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade é um **aspecto da razoabilidade** voltado à aferição da **justa medida** da reação administrativa diante da situação concreta. Em outras palavras, constitui **proibição de exageros** no exercício da função administrativa.

Consoante excelente definição prevista no art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei n. 9.784/99, a razoabilidade consiste no dever de "**adequação entre meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público". A simples leitura do dispositivo permite identificar a especial preocupação do legislador em **coibir excessos** no campo do **Direito Administrativo sancionador**, seara onde mais comumente são identificadas punições exageradas e desproporcionais.

Note a assertiva considerada CORRETA na prova de Auditor do TCE/Esaf: "'Correlação entre meios e fins' é expressão que costuma ser diretamente associada ao princípio da proporcionalidade".

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, há **duas formas de violação** da proporcionalidade: **pela intensidade** e **pela extensão** da medida adotada.[30]

Quanto à intensidade, haverá conduta desproporcional quando a força da reação administrativa for incompatível com o baixo grau de lesividade do comportamento a ser censurado. Exemplo: ordem de demolição expedida por causa de pintura descascada na fachada do imóvel.

Além disso, pode ocorrer de a violação à proporcionalidade manifestar-se no que respeita à extensão pessoal ou geográfica da providência administrativa adotada. Exemplo: devido à existência de algumas casas de jogos eletrônicos no entorno de escolas infantis, a prefeitura determina o fechamento de todas as lojas do ramo dentro do Município. Nesse caso, não há ilegalidade no conteúdo (intensidade) da decisão, mas quanto à sua abrangência territorial (**extensão**).

Aceitando as duas formas de violação da proporcionalidade, a prova de Auditor Fiscal da Receita Federal/Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Tratando-se de poder de polícia, sabe-se que podem ocorrer excessos na sua execução material, por meio de intensidade de a medida maior que a necessária para a compulsão do obrigado ou pela extensão da medida ser maior que a necessária para a obtenção dos resultados licitamente desejados. Para limitar tais excessos, impõe-se observar, especialmente, o princípio da proporcionalidade".

Em diversas oportunidades, o **Supremo Tribunal Federal** tem, no julgamento de ações declaratórias de inconstitucionalidade, invocado a noção de **proporcionalidade** para questionar a compatibilidade de leis sobre os mais diversos assuntos, ao argumento de que a criação de normas razoáveis e proporcionais é um imperativo **decorrente do princípio do devido processo legal material**, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (ADI 173/DF, Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25-9-2008).

A prova de Auditor do INSS/Cespe entendeu que o princípio da proporcionalidade tem fundamento constitucional considerando CERTA a afirmação: "O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do estado de direito".

30 *Curso de direito administrativo*, p. 110.

Por fim, convém lembrar que é bastante comum os concursos públicos associarem o princípio da proporcionalidade ao provérbio **"não se usam canhões para matar pardais"**.

2.7.5.1 Proporcionalidade perante a lei e proporcionalidade na lei

O respeito à proporcionalidade vincula a Administração Pública e o Poder Legislativo. Fala-se, assim, em proporcionalidade perante a lei e proporcionalidade na lei.

A proporcionalidade **perante a lei** aplica-se ao **administrador público**, que deverá evitar exageros **no modo de aplicação da lei** ao caso concreto.

Pelo contrário, a proporcionalidade **na lei** constitui exigência **aplicável ao legislador**, pois, no **momento de criação da norma**, está obrigado, sob pena de violação do devido processo legal material (art. 5º, LIV, da CF), a estabelecer penas adequadas à gravidade dos comportamentos a serem reprimidos.

2.7.6 Princípio da responsabilidade

Estabelece o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

O referido dispositivo enuncia o princípio da responsabilidade, estabelecendo para o Estado o **dever de indenizar** particulares por **ações e omissões** de agentes públicos que acarretam danos aos administrados. No exercício da função administrativa, a atuação dos agentes públicos é imputada à pessoa jurídica estatal a que estão ligados, razão pela qual, em princípio, cabe ao Estado reparar os prejuízos decorrentes do comportamento de seus agentes. Somente em sede de ação regressiva é que o agente poderá ser responsabilizado.

A prova da OAB Nacional/Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Prevalece o entendimento de que, nos casos de omissão, a responsabilidade extracontratual do Estado é subjetiva, sendo necessário, por isso, perquirir acerca da culpa e do dolo".

A **responsabilidade** do Estado por condutas comissivas **é objetiva**, não dependendo da comprovação de culpa ou dolo. Já nos **danos por omissão**, o dever de indenizar condiciona-se à demonstração de culpa ou dolo, submetendo-se à **teoria subjetiva**.

A prova da OAB Nacional/Cespe 2008.2 considerou ERRADA a afirmação: "A responsabilidade civil do servidor público é objetiva".

Quanto à **responsabilidade do agente público**, por ser apurada somente na ação regressiva, dependerá da comprovação de culpa ou dolo (art. 37, § 6º, da CF), pelo que está sujeita à aplicação da **teoria subjetiva**.

▶ ATENÇÃO: Em regra, a responsabilidade do Estado é objetiva; mas o agente público responde **subjetivamente**.

2.7.7 Princípio da segurança jurídica

Também chamado de **boa-fé** ou **proteção à confiança**, o princípio da segurança jurídica é um fundamento geral **aplicável a todo o Direito**. Seu conteúdo volta-se à garantia de **estabilidade social** e **previsibilidade** das atuações estatais. Alinha-se à finalidade primeira de toda a ordem jurídica que é propiciar segurança e estabilidade para o convívio social, evitando **sobressaltos e surpresas nas ações governamentais**.

Em termos práticos, seu principal emprego no Direito Administrativo está na **proibição de aplicação retroativa de novas interpretações** de dispositivos legais e **normas administrativas**. É nesse sentido que deve ser compreendida a norma prevista no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99: "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de **nova interpretação**".

Segundo a doutrina,[31] diversos institutos jurídicos refletem a proteção da segurança jurídica, tais como: decadência, prescrição, **preclusão**, usucapião, direito adquirido, irretroatividade da lei, coisa julgada e manutenção de atos praticados por funcionário de fato.

A prova do 21º Concurso de Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "O entendimento jurisprudencial mais recente do Supremo Tribunal Federal afasta a aplicação da teoria do fato consumado dos atos administrativos, segundo a qual situações de fato constituídas por decisão judicial de caráter provisório e consolidadas no tempo por atraso de prestação jurisdicional não podem ser desconstituídas em razão da segurança jurídica do indivíduo".

Estendendo a segurança jurídica para diversas situações subjetivas, a prova da Magistratura Federal da 1ª Região considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da segurança jurídica, na Administração, protege, além do direito adquirido, expectativas legítimas e situações em vias de constituição sob o pálio de promessas firmes do Estado".

A prova de Procurador do DF feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da Segurança Jurídica, disposto na Lei n. 9.784/99, justifica-se pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, vedando, assim, aplicação retroativa".

A prova de Auditor Fiscal da Previdência feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Entre os fenômenos, cuja ocorrência assegura a observância do princípio legal da segurança jurídica, destaca-se a preclusão, em razão da qual, com relação a determinado questionamento, diz-se que fica exaurida a instância administrativa".

2.7.8 Princípio da boa administração

O princípio da boa administração impõe o dever de, diante das diversas opções de ação definidas pela lei para prática de atos discricionários, a Administração Pública adotar a **melhor solução** para a defesa do interesse público. De acordo com Celso Antônio

Relacionando boa administração também com moralidade, a prova da Defensoria/MT/2007 considerou CORRETA a afirmação: "O conceito de bom administrador está intimamente ligado ao princípio da moralidade".

[31] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 123; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 84.

Bandeira de Mello, o princípio da **eficiência** é um **desdobramento** do dever maior de **boa administração**.[32]

2.7.9 Princípio do controle judicial ou da sindicabilidade

Preceitua que o Poder Judiciário detém ampla competência para investigar a legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública, anulando-os em caso de ilegalidade (art. 5º, XXXV, da CF: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").

2.7.10 Princípios da continuidade do serviço público e da obrigatoriedade da função administrativa

O princípio da continuidade **veda a interrupção na prestação** dos serviços públicos. Aplica-se, por isso, somente no âmbito do Estado prestador (atuações ampliativas da esfera privada de interesses), não valendo para outros domínios, como o poder de polícia, a atividade econômica, o fomento, as atuações políticas e as funções legislativas e jurisdicionais.

Está **expressamente previsto** no art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95, e seu fundamento reside no fato de a prestação de serviços públicos ser um dever constitucionalmente estabelecido (art. 175 da CF), localizando-se, portanto, acima da vontade da Administração Pública, que não tem escolha entre realizar ou não a prestação.

Por ser característica inerente ao regime jurídico dos serviços públicos, o dever de continuidade estende-se às formas indiretas de prestação, por meio de concessionários e permissionários. Isso porque a continuidade constitui garantia do usuário, que não se altera diante da forma de prestação do serviço.

A prova da Magistratura/TO/2007 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "Conforme entendimento do STJ, a concessionária não pode suspender o fornecimento de energia elétrica, diante do inadimplemento do usuário, em face do princípio da continuidade do serviço público".

A prova da Magistratura/TO/2007 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "José, residente em Palmas/TO, não pagou a fatura de energia elétrica de sua residência relativamente ao mês de abril de 2007. Diante da situação hipotética não se exige que José seja notificado da ausência de pagamento para que haja o corte de energia elétrica".

Entretanto, o art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95, na esteira do entendimento doutrinário majoritário e da jurisprudência do **STJ**, **autoriza o corte** no fornecimento do serviço, **após prévio aviso**, nos casos de: a) **razões de ordem técnica** ou de **segurança das instalações**; e b) **inadimplemento** do usuário.

Existe, no entanto, **corrente minoritária** sustentando a inconstitucionalidade na interrupção do serviço por falta de pagamento, ao argumento de que haveria **violação ao princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º da CF: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos

[32] *Curso de direito administrativo*, p. 122.

Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**: I – a soberania; II – a cidadania; III – **a dignidade da pessoa humana**; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político"). Argumenta-se também que o Estado possui meios próprios para exigir o valor devido pelo usuário (execução fiscal), sem necessidade de interromper a prestação. Porém, diante da expressa previsão legal, não se deve adotar essa segunda corrente em concursos públicos.

Podem ser apontados diversos **desdobramentos normativos** decorrentes do princípio da continuidade dos serviços públicos: a) o **direito de greve** dos servidores públicos será exercido **nos termos e nos limites definidos em lei específica** (art. 37, VII, da CF); b) **restrição à** aplicabilidade da ***exceptio non adimpleti contractus***, pois o contratado só pode interromper a execução do contrato após permanecer noventa dias sem receber a **remuneração** (art. 78, XV, da Lei n. **8.666/93**); c) possibilidade de **intervenção na concessionária** para garantia de continuidade na prestação do serviço (art. 32 da Lei n. 8.987/95); d) **ocupação provisória** de bens, pessoal e serviços para garantia de serviços essenciais (art. 58, V, da Lei n. 8.666/93); e) **reversão de bens** do concessionário indispensáveis à continuidade do serviço (art. 36 da Lei n. 8.987/95); f) **encampação** do contrato de concessão mediante a retomada do serviço pelo concedente (art. 37 da Lei n. 8.987/95); g) **suplência, delegação** e **substituição** de servidores públicos (Lei n. 8.112/90).

Entendendo que o art. 37, VII, da CF, exige LEI ORDINÁRIA e que a norma constitucional não se aplica a EMPREGADOS PÚBLICOS, a prova de Procurador Municipal de Vitória/ES/2007 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "O direito de greve do empregado público deve ser exercido nos termos e limites de lei complementar".

Entendendo que a restrição à exceção do contrato não cumprido também decorre da supremacia do interesse público, a prova do Ministério Público/GO/2008 considerou CORRETA a afirmação: "O regramento que inibe a oposição pelo particular, em face da Administração, da 'exceção de contrato não cumprido' está afeto aos princípios da supremacia do interesse público e continuidade do serviço público".

▶ CUIDADO: A Constituição Federal proíbe greve e sindicalização de militares (art. 142, IV, **da CF**).

Por fim, conclui-se que a continuidade do serviço constitui uma **derivação do princípio da obrigatoriedade da função administrativa**, que impõe ao Estado o dever inescusável de prover o desempenho de todas as tarefas próprias da Administração Pública.

A prova da AGU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública importa o princípio da continuidade do serviço público".

2.7.11 Princípio da descentralização ou especialidade

Constituem princípios fundamentais da organização administrativa: I – Planejamento; II – Coordenação; III – **Descentralização**; IV – Delegação de Competência; V – Controle (art. 6º do Decreto-Lei n. 200/67).

O princípio da descentralização ou especialidade recomenda que, sempre que possível, as funções administrativas devem ser desempenhadas por **pessoas jurídicas autônomas**, criadas por lei especificamente para tal finalidade. É o caso das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XIX, da CF).

2.7.12 Princípio da presunção de legitimidade

Como são praticados exclusivamente com a finalidade de aplicação da lei, os atos administrativos beneficiam-se da legitimação democrática conferida pelo processo legislativo. Assim, os atos administrativos são protegidos por uma **presunção relativa** (*juris tantum*) de que foram praticados em conformidade com o ordenamento jurídico. Por isso, até prova em contrário, os atos administrativos são considerados válidos para o Direito, **cabendo ao particular o ônus de provar** eventual **ilegalidade** na sua **prática**.

A prova do Ministério Público do TCU/Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da presunção de legitimidade ou de legalidade, que tem aplicação no campo probatório, impõe ao particular provar o vício do ato administrativo".

2.7.13 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia é preceito fundamental do ordenamento jurídico que impõe ao legislador e à Administração Pública o dever de dispensar **tratamento igual a administrados que se encontram em situação equivalente**. Exige, desse modo, uma igualdade **na lei** e **perante a lei**. Atos administrativos e leis não podem desatender a esse imperativo de tratamento uniforme.

Seu fundamento constitucional é o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

A prova de Auditor Fiscal do TCU feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A exigência constitucional de provimento por concurso público dos cargos efetivos tem seu fundamento doutrinário básico no princípio da isonomia".

O princípio da isonomia é o fundamento valorativo de diversos institutos administrativos, como o **concurso público** e o **dever de licitar**.

Entretanto, o dever de atendimento à isonomia não exige um tratamento sempre idêntico a todos os particulares. Pelo contrário. Há diversas situações práticas em que o princípio da isonomia recomenda uma diferenciação no conteúdo das providências administrativas conforme a peculiar condição de cada administrado. É o que se extrai da famosa máxima aristotélica segundo a qual respeitar a igualdade é "tratar **igualmente os iguais** e **desigualmente os desiguais** na medida de suas desigualdades".

Tratar igualmente os iguais é simples. Mas tratar desigualmente os desiguais exige um esforço de compreensão e avaliação para identificar a dessemelhança e

ajustar a correta proporção do tratamento a eles devido. Nisso reside o fundamento de legitimidade das **vagas reservadas a portadores de deficiência** em concursos públicos, **pontuação especial no vestibular** para alunos egressos de escola pública, tempo menor de **aposentadoria para mulheres**, prioridade nos processos envolvendo **interesse de idosos, cotas** nas universidades públicas em favor de **afrodescendentes** etc.

Em termos práticos, surge o problema de avaliar quando as diferenciações estabelecidas pela lei e pelo ato administrativo são admitidas e quando são repelidas pelo princípio da isonomia.

Celso Antônio Bandeira de Mello, no estudo que é referência na análise do tema denominado *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, coloca a questão nos seguintes termos: "quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?".[33, 34]

Basicamente o autor ensina que não haverá descumprimento da isonomia quando existir **correlação lógica entre o critério de discrímen e a discriminação legal** decidida em função dele.[35]

Assim, a chave para investigar a compatibilidade de um tratamento desigual, diante do princípio da isonomia, está na verificação de que **o fator de discriminação** (idade, sexo, tempo de serviço, período de experiência, nível de escolaridade) **é coerente** com a **diferenciação realizada** e com os **princípios fundamentais** protegidos pelo ordenamento. Em outras palavras, deve haver **justa razão** explicando a distinção perpetrada.

Resumindo: não caracterizam violação à isonomia as diferenciações realizadas pela lei e pela Administração Pública quando houver coerência entre a distinção e o tratamento diferenciado decorrente.

Interessante frisar que não adianta analisar somente o fator de discriminação isoladamente porque a discriminação nele pautada pode ou não ser atentatória à isonomia dependendo das características da situação concreta.

A título de exemplo, se o edital para concurso de delegado de polícia fixar a necessidade de aprovação em exame de condicionamento físico, a exigência será constitucional porque pertinente com o exercício do cargo. Mas, se o mesmo exame for exigido no concurso para juiz de direito, haverá inconstitucionalidade por falta de correlação lógica com a atuação de um magistrado.

Nenhum fator de diferenciação permite, de per si, concluir pela inconstitucionalidade da discriminação perpetrada.

---

33 Atenção: o autor usa os termos "discriminar" e "discriminação" no sentido neutro de desigualar, e não significando tratamento preconceituoso, ilegal.

34 *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 13.

35 *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 37.

Se um concurso público realizado para escolher o bailarino que interpretará Zumbi dos Palmares convocar somente candidatos negros, não haverá inconstitucionalidade mesmo sendo a raça fator determinante da discriminação.

Pela mesma razão, nada impede que um concurso para a Guarda Municipal Feminina proíba a participação de homens. Não há violação da isonomia diante da pertinência que a diferenciação revela nesse caso **concreto**.

A prova de Analista do Tesouro elaborada pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "Macula o princípio da isonomia a exigência, em edital de concurso público, da altura mínima do candidato, para provimento de cargo público inerente à carreira de policial".

É por isso que o fator de discriminação deve ser analisado à luz da finalidade que justifica o tratamento desigual.

Como se vê, as exigências para participação em concurso público é território fértil para debates sobre o princípio da igualdade. Qualquer pré-requisito constante do edital estabelece inevitavelmente uma diferenciação entre os que preenchem e os que não preenchem a condição exigida. Essa seletividade inerente aos editais desencadeia uma viva discussão jurisprudencial envolvendo o tema dos concursos públicos em geral e, especialmente, o princípio da isonomia. Merecem destaque decisões sumuladas abaixo:

Considerando necessária a existência de lei para determinar idade mínima ou máxima para inscrição e concurso, a prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Ato administrativo não pode restringir, em razão da idade do candidato, inscrição em concurso para cargo público".

1) Súmula 683 do STF: o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do **cargo a ser preenchido**.

2) Súmula 684 do STF: é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso.

A prova da AGU/2006 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A exigência de exame psicotécnico para habilitação de candidato a cargo público somente pode ser levada a efeito caso haja lei que assim determine".

3) Súmula 686 do STF: só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a **habilitação de candidato a cargo público**.

4) PCA 347 do CNJ: em relação a concurso para magistratura, não é razoável a imposição de idade máxima para inscrição no certame, pois a atividade desenvolvida por um magistrado é meramente intelectual, não havendo falar em necessidade de força física para o seu exercício.

2.7.14 Princípio da hierarquia

Estabelece as relações de **coordenação** e **subordinação** entre órgãos da Administração Pública Direta.

A hierarquia é princípio imprescindível para a organização administrativa. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "a subordinação hierárquica **só existe relativamente às funções administrativas**, não em relação às legislativas e judiciais".[36] Segundo a autora, dessa subordinação **decorrem prerrogativas** para a

[36] *Direito administrativo*, p. 70.

Administração, como: a) **rever atos** dos subordinados; b) **delegar** e **avocar** competências; c) **punir** os subordinados.

2.7.15 Outros princípios

De acordo com a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,[37] o Direito Administrativo brasileiro é regido também pelos seguintes princípios:

a) republicano (art. 1º, *caput*, da CF): reforça a ideia da Administração como simples gestora, e não titular, dos interesses públicos, assim considerados aqueles que transcendem os interesses individuais e coletivos. O princípio republicano impõe também a necessidade de alternância entre as pessoas que exercem funções políticas dentro do Estado;

b) democrático (art. 1º, *caput*, da CF): as decisões tomadas pelo Poder Público devem sempre estar legitimadas pelo consentimento popular, considerando a vontade política primária;

c) da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF): afirma o postulado da supremacia do homem sobre tudo aquilo por ele criado e enfatiza a obrigatoriedade de observância, nas atividades da Administração Pública, dos direitos fundamentais;

d) da realidade: os atos praticados pela Administração Pública devem ter sujeito, motivo, objeto e resultado reais;

e) da responsividade: a Administração deve reagir adequadamente às demandas da sociedade;

f) da sindicabilidade: todas as lesões ou ameaças a direito, no exercício da função administrativa, estão sujeitas a algum mecanismo de controle;

g) da sancionabilidade: o Direito Administrativo reforça o cumprimento de comandos jurídicos por meio da previsão de sanções para encorajar ou desencorajar determinadas condutas, utilizando sanções premiais (benefícios) ou sanções aflitivas (punitivas) em resposta à violação das normas;

h) da ponderação: é o método para solução de conflitos entre princípios administrativos por meio de um processo de harmonização entre os respectivos conteúdos valorativos;

i) da subsidiariedade: prescreve o escalonamento de atribuições entre os indivíduos e órgãos político-sociais. Em princípio, cabe aos indivíduos decidir e agir na defesa de seus interesses pessoais, restando ao Estado a proteção precípua dos interesses coletivos;

j) da consensualidade: favorece a utilização da conciliação, mediação e arbitragem como meios alternativos de tomada de decisão na esfera administrativa;

---

[37] *Curso de direito administrativo*, p. 77. A síntese conceitual dos princípios inseridos nesse item foi diretamente extraída da referida obra do eminente professor Diogo.

k) monocrático: fundamenta as decisões unipessoais da Administração, mais apropriadas, devido à sua rapidez, para soluções *in concreto*. As decisões monocráticas são maioria no Direito Administrativo brasileiro;

l) do colegiado: é o fundamento das decisões tomadas por órgãos coletivos da Administração Pública, como os tribunais de impostos e taxas;

m) da coerência: impõe ao poder central o dever de harmonizar divergências entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa quanto ao modo de interpretar ou aplicar disposições normativas a casos similares.

2.8 PRINCÍPIOS DE MEIO E PRINCÍPIOS FINALÍSTICOS

Após concluir a análise de todos os princípios do Direito Administrativo, pode-se verificar que alguns operam como **controles de meio** manifestando mais acentuada preocupação ritualística e **formal**; outros exercem verdadeiros **controles de fins** voltando sua ação ao conteúdo das decisões adotadas. Diante da importância que essa distinção tem adquirido em alguns concursos recentes, convém agrupar os princípios segundo sua forma de controle da atividade administrativa.

Quadro sobre controles de meios e de fins

Controle de meios (Princípios ritualísticos)	**Controle de fins** (Princípios finalísticos)
Legalidade	Impessoalidade
Publicidade	Moralidade
Participação	Eficiência
Duração razoável	Devido processo material
Devido processo formal	Razoabilidade
Ampla defesa	Proporcionalidade
Contraditório	Finalidade
Autotutela	Isonomia
Obrigatória motivação	Boa administração
Segurança jurídica	
Obrigatoriedade	
Continuidade do serviço	
Hierarquia	
Responsabilidade	
Especialidade	
Presunção de legitimidade	
Supremacia do interesse público	
Indisponibilidade do interesse público	

2.9 ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.784/99

Por fim, é preciso destacar um dos mais frequentes tipos de indagação que envolvem o tema dos princípios administrativos. Como se sabe, o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99 define diversos princípios do Direito Administrativo em seus treze incisos, sem revelar diretamente a qual princípio cada definição corresponde.

Encerramos o presente capítulo com a tabela completa de correspondência principiológica do art. 2º, parágrafo único, da Lei do Processo Administrativo.

Quadro de correspondência do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99

Inciso	Teor	Princípio correlato
I	Atuação conforme a lei e o Direito	Legalidade
II	Atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências	Finalidade
III	Objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades	Impessoalidade
IV	Atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé	Moralidade
V	Divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição	Publicidade
VI	Adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público	Proporcionalidade
VII	Indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão	Obrigatória motivação
VIII	Observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados	Segurança jurídica
IX	Adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados	Informalismo
X	Garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio	Contraditório e ampla defesa
XI	Proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei	Gratuidade dos processos administrativos
XII	Impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados	Impulsão oficial ou oficialidade
XIII	Interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação	Segurança jurídica

2.10 QUESTÕES

1. (Delegado/SP – 2008) É princípio comezinho de direito público que as despesas previstas devem ser liquidadas no pertinente contrato, antecedido, em regra, de licitação. Atualmente a imprensa veiculou notícias sobre o uso indevido de cartões de crédito corporativos por agentes políticos em supermercados, *free shops*, restaurantes e até para saques em dinheiro em caixas eletrônicos. Cuida-se de evidente desrespeito ao princípio da

A) tutela;
B) continuidade;
C) impessoalidade;
D) transparência;
E) proporcionalidade.

2. (Analista Judiciário – TRT/MG – FCC) Para contratar, pelo regime da Lei n. 8.666/93, a compra de materiais de escritório, no valor de R$ 12.000,00, e uma obra no valor de R$ 20.000,00, uma sociedade de economia mista federal decide pela inexigibilidade de licitação por motivo do valor. Posteriormente, invocando nulidade nos contratos assim celebrados, a autoridade administrativa competente decide revogá-los de ofício. Todavia, alegando tratar-se de ato discricionário o ato de revogação, tal autoridade não motiva. Em defesa, as empresas que haviam sido contratadas recorrem ao Presidente da República que, sendo autoridade hierarquicamente superior ao dirigente da sociedade de economia mista, poderia, em nome da imperatividade dos atos administrativos, reconsiderar a decisão de seu subordinado. Quanto à ausência de motivação do ato em questão,

A) configura-se propriamente hipótese em que a motivação é dispensada, dado o caráter discricionário do ato;
B) equivoca-se a autoridade, pois a desnecessidade de motivação não decorre necessariamente da natureza discricionária do ato;
C) equivoca-se a autoridade, posto que todo ato administrativo deve ser motivado, sob pena de nulidade;
D) equivoca-se a autoridade, posto que todo ato administrativo deve ser motivado, sob pena de ser considerado anulável;
E) equivoca-se a autoridade, pois apenas os atos vinculados dispensam motivação.

3. (Analista da Controladoria da União – 2006 – Cespe) Correlacione as duas colunas e identifique a ordem correta das respostas, tratando-se de institutos de princípios correlatos da Administração Pública.

1) segurança jurídica	( ) economicidade
2) impessoalidade	( ) preclusão administrativa
3) moralidade	( ) isonomia
4) eficiência	( ) costumes da sociedade
5) razoabilidade	( ) proporcionalidade

A) 4/1/2/3/5
B) 1/4/2/3/5
C) 5/3/2/1/4
D) 5/2/4/1/3
E) 3/2/2/1/4

4. (Analista da CGU – 2006 – Esaf) Entre os princípios constitucionais do Direito Administrativo, pode-se destacar o de que

A) a Administração prescinde de justificar seus atos;
B) ao administrador é lícito fazer o que a lei não proíbe;
C) os interesses públicos e privados são equitativos entre si;
D) são inalienáveis os direitos concernentes ao interesse público;
E) são insuscetíveis de controle jurisdicional os atos administrativos.

5. (OAB/SP) A expressão "não se abatem pardais disparando canhões" pode ser aplicada para sustentar que a atuação do administrador público deve observância ao princípio da

A) razoabilidade, visto que o mérito dos atos discricionários do Poder Executivo nunca são controlados pelo Poder Judiciário;
B) proporcionalidade, como uma das medidas de legitimidade do exercício do poder de polícia;
C) proporcionalidade, que, no devido processo legal, enseja relação de inadequação entre a sanção aplicada e o fim público visado;
D) proporcionalidade ou da razoabilidade, ambos critérios de ponderação para permitir a competência discricionária ilimitada do Estado.

6. (Analista Administrativo – TRT/AM – FCC) O princípio básico que objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesões aos direitos fundamentais, denomina-se

A) motivação;
B) razoabilidade;
C) impessoalidade;
D) coercibilidade;
E) imperatividade.

7. (OAB/SP) A Administração Pública restringiu a participação de pessoas excessivamente obesas, em um concurso público para provimento de cargo público de agente penitenciário. A restrição pode não ferir o princípio da isonomia, desde que

A) o edital do concurso tenha sido publicado nos termos da lei de processo administrativo;
B) assentada em premissas que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão delas extraída;
C) o discrímen guarde relação de pertinência lógica com o desempenho do cargo;
D) o edital do concurso não impeça a ampla defesa e o contraditório a todos os candidatos que se sentirem prejudicados.

8. (Técnico Judiciário – TRT/PB – FCC) O princípio constitucional que impõe à Administração Pública direta e indireta a busca pela qualidade e aperfeiçoamento na prestação de seus serviços, preservando os interesses que representa, e o princípio estabelecendo que todos têm direito de receber dos órgãos públicos, de regra, informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, dizem respeito, respectivamente, a

A) impessoalidade e razoabilidade;
B) presunção de legitimidade e a moralidade administrativa;
C) eficiência e a publicidade;
D) publicidade e a proporcionalidade;
E) imperatividade e a especialidade.

9. (Analista Administrativo – TRT/MS – FCC) No que se refere aos princípios administrativos, considere:

I. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

II. A Administração Pública, no exercício de faculdades discricionárias, deve atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes.

As proposições I e II dizem respeito, respectivamente, aos princípios da

A) eficiência e razoabilidade;
B) moralidade e eficiência;
C) eficiência e impessoalidade;
D) imperatividade e razoabilidade;
E) publicidade e motivação.

10. (OAB/Cespe) O posicionamento doutrinário contrário à participação da Administração Pública em processos privados de solução de litígio (arbitragem, por exemplo) não se funda

A) na competência regulatória do Poder Público;
B) na indisponibilidade do interesse público;
C) na indispensabilidade de autorização legislativa específica;
D) na inafastabilidade do acesso ao Judiciário.

11. (Analista de TI – Sefaz/CE – Esaf) São exemplos da aplicação do princípio da impessoalidade, exceto:

A) licitação;
B) concurso público;
C) precatório;
D) otimização da relação custo/benefício;
E) ato legislativo perfeito.

12. (Magistratura/MG) Estas quatro visões do princípio da legalidade são expostas por Charles Eisenmann:

I. Para a atuação da Administração Pública, é suficiente que ela não viole nenhuma norma legal. A legalidade consiste em não contrariar a lei.

II. A Administração só pode fazer o que uma norma – legal ou constitucional – a autorize ou habilite a fazer, ainda que sem entrar em detalhes de conteúdo.

III. A Administração só pode fazer o que a lei expressamente autoriza, inclusive com conteúdos predeterminados.

IV. A Administração só pode fazer o que a lei expressamente autorize, com conteúdos predeterminados, mas desde que a norma estabeleça também a prática do ato.

Assinale a alternativa correta.

A) a doutrina mais moderna prestigia a concepção n. 1;
B) a tendência mais acatada no Brasil é a visão n. 2;
C) a doutrina mais moderna prefere a concepção n. 4;
D) a doutrina mais aceita inclina-se pela concepção n. 3;
E) a posição mais aceita é a de n. 4, mas mitigada pelas ideias da posição n. 1, que iguala a Administração aos indivíduos.

13. (OAB/Cespe) Decisões do STJ em Mandados de Segurança impetrados por Rádios Comunitárias determinaram aos órgãos administrativos competentes que se abstivessem de tolher a atuação das impetrantes, enquanto não decidissem seus pleitos de autorização de funcionamento, formulados há mais de três anos. Tais decisões, que permitiram o exercício precário de serviço de radiodifusão sonora sem as devidas autorizações,

A) não têm sustento jurídico, porque não há nenhum princípio ou norma constitucional que determine à Administração agir rapidamente;
B) foram calcadas nos princípios da eficiência e da razoabilidade, exigidos da atuação do administrador público;
C) foram calcadas nos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público primário;
D) afrontam as normas do processo administrativo.

14. (Auditor da Receita Federal – Esaf) A vedação à Administração Pública de, por meio de mero ato administrativo, conceder direitos, criar obrigações ou impor proibições, vincula-se ao princípio da

A) legalidade;
B) moralidade;
C) impessoalidade;
D) hierarquia;
E) eficiência.

15. (OAB/SP) A frase "não são os direitos fundamentais que giram em torno da lei, mas é a lei que gira em torno dos direitos fundamentais" significa, para o Administrador Público, que

A) seus atos não podem desbordar dos direitos fundamentais, que têm efetiva força jurídica;
B) os direitos fundamentais são normas programáticas e, portanto, não têm influência direta no exercício da função administrativa;
C) seus atos estão sujeitos apenas à lei, sem preocupação com os direitos fundamentais;
D) sua interpretação da lei não há de ser meramente literal, mas sim sistemática, sem considerações sobre direitos fundamentais.

16. (Analista de Planejamento e Orçamento – 2008 – Esaf) A agência executiva é a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração direta a que se acha vinculada, introduzida no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização. Destarte, assinale qual princípio da Administração Pública, especificamente, que as autarquias ou fundações governamentais qualificadas como agências executivas visam observar nos termos do Decreto n. 2.487/98:

A) razoabilidade;
B) moralidade;
C) eficiência;
D) legalidade;
E) publicidade.

17. (Ministério Público/MG – 2008) Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios do Direito Administrativo brasileiro representam diretrizes de acatamento obrigatório para a Administração; isto é, significam postulados que dimanam do próprio sistema jurídico, a saber, dentre outros:

I. publicidade, oficialidade, obediência à forma e aos procedimentos;
II. lealdade, boa-fé e verdade material;
III. pluralidade de instâncias e economia processual;
IV. audiência do interessado e acessibilidade aos elementos do expediente.

A) é VERDADEIRO o que consta apenas em I e III;
B) é FALSO o que consta apenas em IV;
C) é FALSO o que consta apenas em II e IV;
D) todos os incisos são FALSOS;
E) todos os incisos são VERDADEIROS.

18. (OAB/SP) Servidores aprovados em concurso público para provimento efetivo, em vez de serem nomeados para esses cargos, são contratados temporariamente, a título precário, contratações essas que são prorrogadas por várias vezes. Este posicionamento pode ser considerado correto?

A) Não, sob o aspecto de que a autoridade administrativa estaria incidindo em desvio de finalidade, por não proceder à nomeação em situação que não se trata de necessidade temporária.
B) Sim, porque a Constituição Federal permite a contratação temporária, a qualquer tempo, e o administrador estaria obedecendo ao princípio da eficiência, postergando as consequências pecuniárias do direito à estabilidade no serviço público.
C) Nunca, porque na contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público não se permite a contratação de servidor efetivo.
D) Sim, visto que se trata de provimento em comissão, em que há discricionariedade do administrador na contratação e na exoneração.

19. (Analista do IRB – 2006 – Esaf) Considerando-se os princípios que regem a Administração Pública, relacione cada princípio com o respectivo ato administrativo e aponte a ordem correta.

1) impessoalidade	( ) punição de ato de improbidade
2) moralidade	( ) divulgação dos atos da Administração Pública
3) publicidade	( ) concurso público
4) eficiência	( ) pagamento por precatório
	( ) escolha da melhor proposta em sede de licitação

A) 1/3/4/2/2
B) 2/3/1/1/4
C) 4/2/1/3/1
D) 3/4/2/1/4
E) 3/2/2/1/4

3

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1 INTRODUÇÃO

Organização administrativa é o capítulo do Direito Administrativo que estuda a estrutura interna da Administração Pública, os órgãos e pessoas jurídicas que a compõem.

No âmbito federal, o tema é disciplinado pelo **Decreto-Lei n. 200/67** que "dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa".

Para cumprir suas competências constitucionais, a Administração dispõe de **duas técnicas** diferentes: a **desconcentração** e a **descentralização**.

A compreensão desses dois institutos é fundamental para analisar a organização interna da Administração Pública.

3.2 CONCENTRAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

Concentração é o modo de cumprimento de competências administrativas por meio de **órgãos públicos** despersonalizados e **sem divisões internas** em repartições ou departamentos. Trata-se de situação raríssima, pois pressupõe a ausência completa de distribuição de tarefas.

Na **desconcentração** as **atribuições são repartidas entre órgãos públicos** pertencentes a uma única pessoa jurídica, mantendo a **vinculação hierárquica**. Exemplos de desconcentração são os **Ministérios** da União, as **Secretarias** estaduais e municipais, as **delegacias** de polícia, os **postos de atendimento** da **Receita Federal**, as **Subprefeituras**, os **Tribunais** e as **Casas Legislativas**.

O conceito central da concentração e da desconcentração é a noção de **órgão público**. **Órgão público é um núcleo de competências** estatais **sem personalidade jurídica** própria.

A prova de Procurador do Trabalho considerou INCORRETA a assertiva: "A transferência de atribuições no âmbito da Administração Pública do centro para setores periféricos dentro da mesma pessoa jurídica elimina a vinculação hierárquica".

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: "A Receita Federal tem natureza jurídica autárquica".

A prova de Delegado de Polícia/SP considerou CORRETA a assertiva: "Definem-se como 'centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais' os órgãos públicos".

No mesmo sentido, o art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.784/99 conceitua órgão como a **unidade de atuação** integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta. Os órgãos públicos pertencem a pessoas jurídicas, mas não são pessoas jurídicas. São divisões internas, **partes de uma pessoa governamental**, daí receberem também o nome de **repartições públicas**. Não tendo personalidade própria, os órgãos não podem ser acionados judicialmente para responder por prejuízos causados por seus agentes. **Ação judicial** equivocadamente **dirigida contra órgão público deve ser extinta** sem julgamento de mérito por ilegitimidade de parte.

Cabe à pessoa jurídica a que o órgão pertence ser acionada judicialmente para reparação de danos. Assim, por exemplo, se prejuízo for causado pelo Ministério da Cultura, sendo órgão despersonalizado, a ação judicial deve ser intentada contra a União Federal, que é a pessoa jurídica a que o Ministério da Cultura **pertence**.

A prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a afirmação: "Um veículo oficial que fica à disposição do Presidente da Câmara Municipal causa dano a terceiro. Em ação de indenização movida por este, quem deverá figurar no polo passivo é o Município respectivo".

Porém, a doutrina e a jurisprudência reconhecem casos raros de **alguns órgãos públicos** dotados de **capacidade processual especial**. É o caso da Presidência da República e da Mesa do Senado. Essa capacidade processual especial restringe-se basicamente à possibilidade de tais órgãos realizarem a defesa de suas prerrogativas em juízos, especialmente em sede de **mandado de segurança**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Alguns órgãos públicos têm capacidade processual já que são titulares de direitos subjetivos próprios a serem defendidos".

O conjunto formado pela somatória de todos os órgãos públicos recebe o nome de **Administração Pública Direta** ou **Centralizada**. Pertencem à Administração Direta todas as entidades federativas, ou seja, **União, Estados, Distrito Federal, Territórios** e **Municípios**.

3.2.1 Espécies de desconcentração

A doutrina classifica as desconcentrações em diversas espécies segundo o critério empregado para repartir as competências entre diversos órgãos públicos:

a) desconcentração territorial ou geográfica: é aquela em que as competências são divididas delimitando as regiões onde cada órgão pode atuar. A característica fundamental dessa espécie de desconcentração é que **cada órgão público detém as mesmas atribuições materiais** dos demais, variando somente o âmbito geográfico de sua atuação. Exemplos: Subprefeituras e Delegacias de Polícia;

b) desconcentração material ou temática: é a distribuição de competências mediante a **especialização de cada órgão em determinado assunto**. Exemplo: Ministérios da União;

c) desconcentração hierárquica ou funcional: utiliza como critério para repartição de competências a **relação de subordinação** entre os diversos órgãos. Exemplo: tribunais administrativos em relação aos órgãos de primeira instância.

3.3 CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO

Centralização é o desempenho de competências administrativas **por uma única pessoa jurídica** governamental. É o que ocorre, por exemplo, com as atribuições exercidas diretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Já na **descentralização**, as competências administrativas são exercidas por **pessoas jurídicas autônomas**, criadas pelo Estado para tal finalidade. Exemplos: **autarquias, fundações públicas, empresas públicas** e **sociedades de economia mista**.

A prova da Defensoria Pública/BA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A descentralização pressupõe a criação de pessoas jurídicas diversas".

O instituto fundamental da descentralização é o de **entidade**. Nos termos do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.784/99, entidade é a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica própria. Tendo personalidade autônoma, tais entidades **respondem judicialmente** pelos prejuízos causados por seus agentes públicos.

A descentralização, nos termos do art. 6º, do Decreto-Lei n. 200/67, tem **natureza jurídica** de **princípio fundamental** da organização administrativa.

O conjunto de pessoas jurídicas autônomas criadas pelo Estado recebe o nome de **Administração Pública Indireta** ou **Descentralizada**.

3.4 RELAÇÕES ENTRE OS DOIS FENÔMENOS

A diferença entre **concentração** e **desconcentração** leva em conta a **quantidade de órgãos públicos** encarregados do exercício das competências administrativas. Por outro lado, a distinção entre **centralização** e **descentralização** baseia-se no **número de pessoas jurídicas** autônomas competentes para desempenhar tarefas **públicas**.

A prova de Procurador do Trabalho considerou INCORRETA a assertiva: "A ideia de Administração Pública direta e indireta equivale aos conceitos de Administração Pública concentrada e desconcentrada".

Como são duas diferenciações independentes, é possível combinar os institutos em **quatro formas distintas** de organização da estrutura administrativa:

a) centralização concentrada: quando a competência é exercida por uma única pessoa jurídica sem divisões internas. Seria o caso, improvável na prática, de uma entidade federativa que desempenhasse diretamente todas as suas competências sem divisão em órgãos públicos;

b) centralização desconcentrada: a atribuição administrativa é cometida a uma única pessoa jurídica dividida internamente em diversos órgãos públicos. É o que ocorre, por exemplo, com as competências da União Federal exercidas pelos Ministérios;

c) descentralização concentrada: ocorre quando são atribuídas competências administrativas a pessoa jurídica autônoma sem divisões internas. Exemplo: autarquia sem órgãos internos;

d) descentralização desconcentrada: é a situação surgida quando as competências administrativas são atribuídas a pessoa jurídica autônoma dividida em órgãos internos. Exemplo: autarquia estruturada internamente em diversos órgãos e repartições.

3.5 COMPARAÇÃO ENTRE DESCONCENTRAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO

A semelhança entre os dois nomes faz da comparação entre desconcentração e descentralização um lugar-comum nas provas e concursos públicos.

Convém destacar as principais diferenças mencionadas entre as duas técnicas, utilizando o quadro abaixo.

Quadro comparativo entre desconcentração e descentralização

Desconcentração	Descentralização
Competências atribuídas a órgãos públicos sem personalidade própria	Competências atribuídas a entidades com personalidade jurídica autônoma
O conjunto de órgãos forma a chamada Administração Pública Direta ou Centralizada	O conjunto de entidades forma a chamada Administração Pública Indireta ou Descentralizada
Órgãos não podem ser acionados diretamente perante o Poder Judiciário, com exceção de alguns órgãos dotados de capacidade processual especial	Entidades descentralizadas respondem judicialmente pelos prejuízos causados a particulares
Exemplos: Ministérios, Secretarias, Delegacias de Polícia, Delegacias da Receita Federal, Tribunais e Casas Legislativas	Exemplos: Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

▶ Pergunta: Qual a diferença entre administração pública extroversa e administração pública introversa?

Resposta: Administração pública **extroversa** é o conjunto de relações jurídicas externas entre **o Poder Público e os administrados**. A administração pública **introversa** significa o complexo das vinculações internas envolvendo agentes públicos, órgãos estatais e entidades **administrativas**.

3.6 TEORIA DO ÓRGÃO PÚBLICO

A doutrina sempre procurou explicar como a atuação do agente público é atribuída ao Estado. A evolução do tema encontrou respaldo na formulação de **quatro teorias** diferentes:

a) teoria da identidade: a primeira tentativa de explicar o assunto afirmava que órgão e agente formam uma unidade inseparável, de modo que **o órgão público é o próprio agente**. O equívoco dessa concepção é evidente, pois sua aceitação implica concluir que a morte do agente público causa a extinção do órgão;

b) teoria da representação: influenciada pela lógica do Direito Civil, a teoria da representação defende que o **Estado é como um incapaz**, não podendo defender pessoalmente seus próprios interesses. Assim, o **agente público atuaria exercendo uma espécie de curatela** dos interesses governamentais suprindo a incapacidade. Essa teoria também falha na tentativa de explicar o problema, na medida em que, sendo incapaz, o Estado não poderia nomear seu representante, como ocorre com os agentes públicos;

c) teoria do mandato: outra teoria concebida para explicar o problema sustentava que entre o Estado e o agente público haveria uma **espécie de contrato de representação**, de modo que o agente receberia uma delegação para atuar em nome do Estado. O erro dessa concepção está em não conseguir apontar em qual momento e quem realizaria a outorga do mandato;

d) teoria da imputação: aceita pela unanimidade dos doutrinadores modernos, a teoria da imputação defende que o **agente público atua em nome do Estado, titularizando um órgão público**, de modo que a atuação do agente **é atribuída ao Estado**.

A prova da AGU/2006 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A teoria do órgão, atualmente adotada no sistema jurídico, veio substituir as teorias do mandato e da representação".

O idealizador da **moderna teoria do órgão** público baseada na noção de **imputação volitiva** foi o alemão **Otto Friedrich von Gierke** (1841-1921). Gierke **comparou o Estado ao corpo humano**. Cada repartição estatal funciona como uma parte do corpo, como um dos órgãos humanos, daí a origem do nome "órgão" público. A personalidade, no corpo, assim como no Estado, é um atributo do todo, não das partes. Por isso, **os órgãos públicos não são pessoas, mas partes integrantes da pessoa estatal**. E mais. Assim como no corpo humano há uma especialização de funções capaz de harmonizar a atuação conjunta das diferentes partes, com órgãos superiores responsáveis por comandar, e outros, periféricos, encarregados de executar as ordens centrais, o Estado também possui órgãos dispostos de modo hierarquizado, razão pela qual alguns exercem funções superiores de direção enquanto outros atuam simplesmente executando os comandos que lhes são determinados.

A prova de Procurador Federal/2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Foi o jurista alemão Otto Gierke quem estabeleceu as linhas mestras da teoria do órgão e indicou como sua principal característica o princípio da imputação volitiva".

Irretocável pela precisão da metáfora com o corpo humano, relacionando com precisão agente, órgão e Estado, a teoria de Gierke permanece aceita universalmente, mesmo quase um século após seu **desenvolvimento**.

3.6.1 Espécies de órgãos públicos

Hely Lopes Meirelles classifica os diversos tipos de **órgãos públicos** a partir de três critérios diferentes: quanto à posição hierárquica, quanto à estrutura e quanto à atuação funcional. Importante frisar que nessas classificações o autor utiliza a noção de órgão em sentido mais amplo do que tradicionalmente se empresta ao instituto. É por isso que menciona, por exemplo, a existência de órgãos "autônomos" ou "independentes", o que, em princípio, é algo contraditório com a natureza subordinada inerente à acepção clássica atribuída ao vocábulo "órgão".

A prova da AGU/2006 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Quando Hely Lopes Meirelles conceitua os órgãos públicos como centros de competência, instituídos para o desempenho de funções estatais, por meio de seus agentes, cuja autuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem, fica claro que o autor adota a teoria do órgão".

A 13ª prova da Magistratura Federal da 3ª Região considerou CORRETA a afirmação: "A organização desconcentrada significa a repartição interna de atribuições administrativas aos diversos órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica, sob uma mesma ordem hierárquica".

1) Quanto à **posição hierárquica**:

a) **independentes** ou **primários**: aqueles originários da Constituição Federal e representativos da **cúpula dos Poderes** Estatais, **não sujeitos** a qualquer **subordinação hierárquica** ou **funcional**. Exemplos: **Casas Legislativas**, Chefias do Executivo, Tribunais do Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas;

b) **autônomos:** estão situados imediatamente **abaixo dos órgãos independentes**, gozando de ampla **autonomia** administrativa, financeira e técnica e dotados de competências de **planejamento, supervisão** e **controle** sobre outros órgãos. Exemplos: Ministérios, Secretarias e Advocacia-Geral da União;

c) **superiores:** possuem competências diretivas e decisórias, mas se encontram **subordinados a uma chefia superior**. Não têm autonomia administrativa ou financeira. Exemplos: Gabinetes, Secretarias-Gerais, Procuradorias Administrativas e Coordenadorias;

d) **subalternos:** são os órgãos comuns dotados de **atribuições predominantemente executórias**. Exemplo: repartições comuns.

2) Quanto à **estrutura**:

a) **simples** ou **unitários:** constituídos somente por um centro de competências. Exemplo: Presidência da República;

b) **compostos:** constituídos por diversos órgãos menores. Exemplos: Secretarias.

3) Quanto à **atuação funcional**:

a) **singulares** ou **unipessoais**: compostos por um único agente. Exemplo: Prefeitura Municipal;

b) **colegiados** ou **pluripessoais**: constituídos por vários membros. Exemplo: tribunal administrativo.

3.6.1.1 Órgãos administrativos despersonalizados anômalos

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto,[1] existem três tipos de órgãos administrativos especiais com previsão constitucional, definidos no art. 25, § 3º, da CF, como **agrupamentos de municípios limítrofes**:

a) regiões metropolitanas;

b) aglomerações urbanas;

c) microrregiões.

3.7 ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

A Administração Pública Indireta ou Descentralizada é composta por **pessoas jurídicas autônomas** com natureza **de direito público** ou **de direito privado**.

---

[1] *Curso de direito administrativo*, p. 278.

A natureza jurídica de direito público ou de direito privado determina diversas características jurídicas especiais, definindo qual o regime jurídico aplicável.

São pessoas de **direito público: autarquias, fundações** públicas, **agências** reguladoras e **associações** públicas.

Possuem personalidade de **direito privado**: **empresas públicas, sociedades de economia mista** e **fundações governamentais**.

Pessoas jurídicas da Administração Indireta

De direito público	De direito privado
Autarquias	Empresas públicas
Fundações públicas	Sociedades de economia mista
Agências reguladoras	Fundações governamentais
Associações públicas	

3.7.1 Autarquias

A 177ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a afirmação: "Pessoa jurídica de Direito Público, com autonomia, com patrimônio e receita próprios, criada por lei para executar atividades típicas da Administração Pública, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada, constitui conceito de autarquia".

Autarquias são pessoas jurídicas de **direito público interno**, pertencentes à Administração Pública Indireta, criadas por **lei específica** para o exercício de **atividades típicas da Administração Pública**.

A prova de Delegado de Polícia/SP considerou CORRETA a afirmação: "A existência de uma autarquia pressupõe a aplicação do princípio da especialidade".

Algumas das **autarquias** mais importantes do Brasil são: Instituto Nacional do Seguro Social – **INSS**, Banco Central – **Bacen**, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – **Ibama**, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **Cade**, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – **Incra** e todas as universidades públicas, como a **USP** e a **UFRJ**.

Na maioria das vezes, o nome "**instituto**" designa entidades públicas com natureza autárquica.

O conceito legislativo de autarquia é apresentado pelo art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200/67: **serviço autônomo**, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

3.7.1.1 Características

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "As autarquias podem ter personalidade jurídica de Direito Privado".

As autarquias possuem as seguintes características jurídicas:

a) são pessoas jurídicas de direito público: significa dizer que o regime jurídico apli-

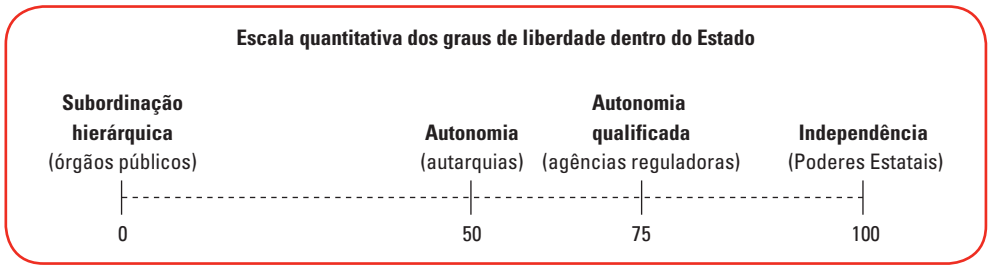
cável a tais entidades é o regime jurídico público, e não as regras de direito privado;

A prova do Ministério Público/RN considerou ERRADA a afirmação: "As autarquias, depois de autorização expressa da lei, podem ser criadas por ato do Poder Público".

b) **são criadas e extintas por lei específica**: a personalidade jurídica de uma autarquia surge com a publicação da lei que a institui, dispensando o registro dos atos constitutivos em cartório. Nesse sentido, estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal que "somente por lei específica será criada autarquia". A referência à necessidade de lei "específica" **afasta a possibilidade de criação de tais entidades por meio de leis multitemáticas**. Lei específica é a que trata exclusivamente da **criação da autarquia**. Em respeito ao princípio da simetria das formas, se a criação depende de lei, então a extinção de autarquia igualmente exige lei específica, sendo **inaplicável o regime extintivo falimentar**;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Uma lei que reestruture a carreira de determinada categoria de servidores públicos pode também dispor acerca da criação de uma autarquia".

c) dotadas de autonomia gerencial, orçamentária e patrimonial: autonomia é **capacidade de autogoverno** representando um nível de liberdade na gestão de seus próprios assuntos, intermediário entre a subordinação hierárquica e a independência, conforme ilustração abaixo:



A prova da Magistratura/GO considerou CORRETA a assertiva: "A autarquia é pessoa jurídica de Direito Público, criada por lei, com patrimônio próprio e funções típicas do Estado, sem subordinação hierárquica".

Assim, as autarquias **não estão subordinadas hierarquicamente** à Administração Pública Direta, mas sofrem um controle finalístico chamado de **supervisão ou tutela ministerial**. Esse grau de liberdade, no entanto, não se caracteriza como independência em razão dessa ligação com a Administração **central**;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O controle das entidades que compõem a Administração indireta da União é feito pela sistemática da supervisão ministerial".

d) nunca exercem atividade econômica: autarquias somente podem desempenhar atividades típicas da Administração Pública (art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200/67), como prestar **serviços públicos**, exercer o **poder de polícia** ou promover o **fomento**. É conceitualmente impossível autarquia exercer atividade econômica porque, ao ser atribuída legalmente a uma autarquia, automaticamente a atividade sai do domínio econômico e se transforma em serviço público;

e) são imunes a impostos: por força do art. 150, § 2º, da Constituição Federal, autarquias não pagam nenhum imposto. Em razão de a norma mencionar somente impostos, **taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, são devidos** normalmente;

f) seus bens são públicos: os bens pertencentes às autarquias são revestidos dos atributos da **impenhorabilidade**, **inalienabilidade** e **imprescritibilidade**;

A prova da Defensoria Pública/BA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Os bens de uma autarquia são impenhoráveis".

g) praticam atos administrativos: os atos praticados pelos agentes públicos pertencentes às autarquias classificam-se como atos administrativos sendo dotados de **presunção de legitimidade, exigibilidade, imperatividade e autoexecutoriedade**;

h) celebram contratos administrativos: como decorrência da natureza de pessoas públicas, os contratos celebrados pelas autarquias qualificam-se como contratos administrativos, ou seja, constituem avenças submetidas ao regime privilegiado da Lei n. 8.666/63 cujas regras estabelecem uma superioridade contratual da Administração Pública sobre os particulares contratados;

i) o regime normal de contratação é estatutário: em regra, os agentes públicos pertencentes às autarquias ocupam **cargos públicos**, compondo a categoria dos servidores públicos estatutários. A contratação celetista é excepcional;

A prova da Procuradoria da República considerou ERRADA a assertiva: "A natureza das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras não impõe o regime de cargo público para seus agentes, estando compatibilizada com o regime de emprego, nos termos da Consolidação da Legislação Trabalhista".

j) possuem as prerrogativas especiais da Fazenda Pública: as autarquias possuem todos os privilégios processuais característicos da atuação da Fazenda Pública em juízo, como prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, desnecessidade de adiantar custas processuais e de anexar procuração do representante legal, dever de intimação pessoal, execução de suas dívidas pelo **sistema de precatórios** etc.;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "As autarquias têm prerrogativas típicas das pessoas jurídicas de Direito Privado, entre as quais se inclui a de serem seus débitos apurados judicialmente executados pelo sistema de precatórios".

k) responsabilidade objetiva e direta: as autarquias respondem objetivamente, isto é, **sem necessidade de comprovação de culpa** ou dolo, pelos prejuízos causados por seus agentes a particulares. Além de objetiva, a responsabilidade também é direta, porque é a própria entidade que deve ser acionada judicialmente para reparar os danos patrimoniais que causar. A **Administração Direta** (entidades federativas) só poderá ser acionada em **caráter subsidiário**, vale dizer, na hipótese de a autarquia não possuir condições patrimoniais e orçamentárias de indenizar a integralidade do valor da condenação;

l) outras características: além das características mencionadas, as autarquias sofrem **controle dos tribunais de contas**, têm o dever de observar as regras de **contabilidade pública**, estão sujeitas à **vedação de acumulação de cargos** e funções

públicas, devem **realizar licitação** e seus dirigentes ocupam **cargos em comissão** de livre provimento e exoneração.

3.7.1.2 Espécies de autarquias

A doutrina identifica diversas categorias de autarquias:

a) autarquias administrativas ou de serviço: são as **autarquias comuns** dotadas do regime jurídico ordinário dessa espécie de pessoa pública. Exemplo: INSS;

A prova da Procuradoria do Estado de São Paulo/2005 considerou CORRETA a assertiva: "Por autarquia de regime especial entende-se aquela que desfruta de maior grau de independência administrativa em relação à Administração Direta, nos termos da lei".

b) autarquias especiais: caracterizam-se pela existência de determinadas peculiaridades normativas que as diferenciam das autarquias comuns, como uma mais acentuada **autonomia**. Essa categoria de autarquias pode ser dividida em duas subespécies: **b1) autarquias especiais *stricto sensu*:** como o Banco Central, a Sudam e a Sudene; **b2) agências reguladoras:** autarquias especiais dotadas de uma qualificada autonomia garantida pela presença de dirigentes com mandatos fixos e estabilidade no exercício das funções. Exemplos: Anatel, Anvisa e Antaq;

c) autarquias corporativas: também chamadas de **corporações profissionais** ou **autarquias profissionais**, são entidades com atuação de interesse público encarregadas de exercer controle e fiscalização sobre determinadas categorias profissionais. Exemplo: Conselhos de Classe, como Crea, CRO e CRM. Já a **Ordem dos Advogados do Brasil perdeu o *status* de autarquia** no Supremo Tribunal Federal;

d) autarquias fundacionais: são criadas mediante a afetação de determinado patrimônio público a certa finalidade. São conhecidas como **fundações públicas**. Exemplos: Procon, Funasa e Funai;

e) autarquias territoriais: são departamentos geográficos administrados diretamente pela União. Na Constituição de 1988 tais autarquias recebem o nome de **territórios federais** (art. 33 da CF).

Quadro esquemático das espécies de autarquia

- Autarquias
  - **a) Administrativas ou de serviço**
    Exemplos: INSS, Ibama
  - **b) Especiais**
    - **b1) especiais *stricto sensu***
      Exemplos: Sudam, Sudene
    - **b2) agências reguladoras**
      Exemplos: Anatel, Ancine
  - **c) Corporativas**
    Exemplos: Crea, CRM
  - **d) Fundacionais**
    Exemplos: Procon, Funasa e FUNAI
  - **e) Territoriais**
    Exemplos: Territórios Federais

3.7.1.2.1 Natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil

No julgamento da ADIn 3.026/2006, o Supremo Tribunal Federal negou a natureza autárquica da OAB, entendendo que falta à entidade personalidade jurídica de direito público, não tendo **nenhuma ligação com a Administração Pública**.

A prova da Magistratura do Tocantins/2007 considerou INCORRETA a assertiva: "As autarquias profissionais de regime especial, como a Ordem dos Advogados do Brasil e as agências reguladoras, submetem-se ao controle do Tribunal de Contas da União".

Segundo o STF, perante a Constituição Federal de 1988, a OAB seria uma **entidade *sui generis***.

No referido acórdão, o tribunal fixou as seguintes premissas sobre a condição jurídica da Ordem dos Advogados:

1. Não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

2. Não é uma entidade da Administração Indireta da **União**, mas um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

A prova OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "Segundo o STF, a OAB exerce função pública, mas não é pessoa jurídica pertencente à Administração Pública".

3. Não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se têm referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

4. Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.

5. Ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da CF/88). É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados.

6. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A OAB, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

3.7.2 Fundações públicas

Fundações públicas são pessoas jurídicas de **direito público** interno, instituídas por lei específica mediante a **afetação de um acervo patrimonial** do Estado **a uma dada finalidade pública**. Exemplos: Funai, Funasa, IBGE, Funarte e Fundação Biblioteca Nacional.

De acordo com o entendimento adotado pela maioria da doutrina e pela totalidade dos concursos públicos, as fundações públicas **são espécies de autarquias** revestindo-se das mesmas características jurídicas aplicáveis às entidades autárquicas. Podem exercer todas as atividades típicas da Administração Pública, como prestar serviços públicos e exercer **poder de polícia**.

A prova do Ministério Público/MS considerou INCORRETA a afirmação: "As fundações públicas não podem exercer poder de polícia administrativa".

Entretanto, a natureza de pessoas de direito público é negada pelo art. 5º, II, do **Decreto-Lei n. 200/67**, segundo o qual fundação pública é "a entidade dotada de **personalidade jurídica de direito privado**, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes".

Criticada veementemente pela doutrina, essa conceituação legislativa **não foi recepcionada pela Constituição de 1988**, cujo art. 37, XIX, trata das fundações públicas como figuras simétricas às autarquias, portanto, reconhecendo a natureza pública das referidas entidades fundacionais.

3.7.3 Agências reguladoras

A criação das agências reguladoras brasileiras teve uma direta relação com o processo de privatizações e a reforma do Estado iniciados no Brasil na **metade dos anos 1990**. Inevitável ligar sua origem a uma **concepção neoliberal** de política econômica voltada a reduzir a participação estatal em diversos setores da economia.

Basicamente, as agências foram introduzidas no direito brasileiro para fiscalizar e controlar a atuação de investidores privados que passaram a exercer as tarefas desempenhadas, antes da privatização, pelo próprio Estado.

A partir de 1995, iniciou-se um processo acelerado de privatizações e reformas estatais, cujo passo inaugural consistiu na promulgação de sucessivas emendas constitucionais abrindo caminho para a implantação do novo modelo. As mais importantes dessas emendas foram:

1) Emenda Constitucional n. 5, de 15-8-1995, que decretou o fim da exclusividade da prestação direta, pelos Estados-membros, dos serviços locais de gás canalizado.

2) Emenda Constitucional n. 6, de 15-8-1995, responsável pela extinção do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional, especialmente quanto à pesquisa e à lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.

3) Emenda Constitucional n. 8, de 15-8-1995, que determinou o fim da exclusividade estatal na prestação dos serviços de telecomunicação.

4) Emenda Constitucional n. 9, de 9-11-1995, que determinou a quebra do monopólio estatal das atividades de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos.

Importante ressaltar que as Emendas Constitucionais n. 8 e 9 acrescentaram dispositivos no Texto Maior determinando a criação de **"órgãos reguladores"**, respectivamente, dos setores das telecomunicações e do petróleo.

Com base no art. 8º da Emenda Constitucional n. 8/95, o inciso XI do art. 21 da Constituição Federal ganhou a seguinte redação: "Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de **órgão regulador** e outros aspectos institucionais".

Na mesma linha, o inciso III do § 2º do art. 177 da Constituição Federal, com redação dada pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 9/95, prescreve: "A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III – a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União".

Portanto, **as Emendas Constitucionais n. 8/95 e 9/95** são consideradas o **marco histórico** introdutor das agências reguladoras brasileiras.

O modelo de agências adotado no Brasil teve forte inspiração em **instituições similares** existentes em outros países, tais como as ***agências*** dos Estados Unidos, as ***autoridades administrativas independentes*** na França e os "quasi autonomous non governmental organizations" ou ***quangos*** na Inglaterra.

3.7.3.1 Cronologia de criação das agências federais

A partir do ano de 1995, já foram criadas diversas agências reguladoras no âmbito federal:

1) Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, criada pela Lei n. 9.427, de 26-12-1996, regulamentada pelo Decreto n. 2.235/97, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tendo por finalidade regular e **fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica**, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

2) Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, criada pela Lei n. 9.472, de 16-7-1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.338/97, vinculada ao Ministério das Comunicações, tendo como atribuições centrais o disciplinamento e a **fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações**, bem como da utilização dos recursos da órbita e espectro de **radiofrequências**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Segundo a Lei n. 9.472/97, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) caracteriza-se por ser autarquia especial que atua como autoridade administrativa independente".

A prova OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "A lei que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) estabeleceu, dentre outros requisitos, que ela teria independência administrativa, autonomia financeira e seria vinculada ao Ministério das Comunicações. Isso significa que a Anatel é uma autarquia".

3) Agência Nacional do Petróleo – ANP, criada pela Lei n. 9.478, de 6-8-1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.455/98, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tendo como competência central promover a regulação, a contratação e a **fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo**.

4) Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei n. 9.961, de 28-1-2000, regulamentada pelo Decreto n. 3.327/2000, vinculada ao Ministério da Saúde, cabendo-lhe normatizar, controlar e **fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde**.

5) Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei n. 9.984, de 17-7-2000, regulamentada pelo Decreto n. 3.692/2000, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, tendo competência a **implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos**.

6) Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, criada pela Lei n. 9.782, de 26-1-1999, regulamentada pelo Decreto n. 3.029/99, vinculada ao Ministério da Saúde, tendo como finalidade promover a proteção da saúde da população, por intermédio do **controle sanitário**, da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, especialmente das **indústrias de medicamentos e cosméticos**, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o **controle de portos, aeroportos e de fronteiras**.

7) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, criada pela Lei n. 10.233, de 5-6-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.130/2002, vinculada ao Ministério dos Transportes, tendo como atribuição **fiscalizar** a prestação dos **serviços públicos de transporte rodoviário e ferroviário**.

8) Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, também criada pela Lei n. 10.233, de 5-6-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.122/2002, vinculada ao Ministério dos Transportes, tendo como competência principal **fiscalizar os serviços públicos prestados em portos**.

9) Agência Nacional do Cinema – Ancine, criada pela Medida Provisória n. 2.228-1, de 6-9-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.121/2002, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, tendo como finalidade **fomentar**, regular e fiscalizar **a indústria cinematográfica e videofonográfica**.

10) Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, criada pela Lei n. 11.182, de 27-9-2005, regulamentada pelo Decreto n. 5.731/2006, vinculada ao Ministério da Defesa. A Anac sucedeu o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC, que era subordinado ao Comando da Aeronáutica. Tal agência tem competência para regular e **fiscalizar as atividades de aviação civil** e infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

11) Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA, criada pela Medida Provisória n. 2.157-5, de 24-8-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.125/2002, **foi extinta em 2007** com a criação da **Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam**, criada pela Lei Complementar n. 124, de 3-1-2007, regula-

mentada pelo **Decreto n. 6.218/2007**, vinculada ao Ministério da Integração Nacional. A Sudam tem por finalidade promover o desenvolvimento includente e sustentável da Amazônia Legal, integrada pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e parte do Estado do Maranhão. Embora sucessora da ADA, **a Sudam não é agência reguladora** por faltar aos seus dirigentes o regime jurídico peculiar de estabilidade e mandatos fixos. A Sudam **é uma autarquia especial** (art. 1º da LC n. 124/2007), mas não uma agência.

12) Agência de Desenvolvimento do Nordeste – Adene, criada pela Medida Provisória n. 2.146-1, com alterações feitas pela Medida Provisória n. 2.156-5, de 24-8-2001, regulamentadas pelo Decreto n. 4.126/2002, **foi extinta em 2007** com a criação da **Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – Sudene**, criada pela Lei Complementar n. 125, de 3-1-2007, regulamentada pelo **Decreto n. 6.198/2007**, vinculada ao Ministério da Integração Nacional. A área de atuação da Sudene abrange os Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia e parte dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. A Sudene não é agência reguladora, mas autarquia especial.

> ATENÇÃO: Recentemente a Lei n. 12.154, de 23-12-2009, ainda não regulamentada, criou a **Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc**, vinculada ao Ministério da Previdência Social, para atuar na **fiscalização** e supervisão **das atividades das entidades fechadas de previdência complementar** e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar. Embora possua algumas semelhanças com as agências, **a Previc não é agência reguladora**, mas uma **autarquia especial *stricto sensu***, pois os dirigentes não sofrem aprovação do Senado, não são estáveis e nem têm mandatos fixos.

Como se pode notar, a presença do nome "agência" não é essencial para qualificar a autarquia como agência reguladora. Interessante situação é a da **Comissão de Valores Mobiliários – CVM**, cuja lei de instituição declara tratar-se de autarquia especial dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária (art. 5º da Lei n. 6.385/76). A identidade de regime jurídico e natureza de suas atribuições impõem a conclusão de que **a CVM é uma agência reguladora**, apesar de não se chamar agência.[2] De outro lado, há casos de entidades batizadas legalmente com o nome de "agências", mas que não têm natureza jurídica de agências reguladoras. É o caso da **Agência Brasileira de Inteligência – Abin**, que é um **órgão despersonalizado** subordinado à Presidência da República (art. 3º da Lei n. 9.883/99), da **Agência Espacial Brasileira – AEB**, com natureza de **autarquia comum** (art. 1º da Lei n. 8.854/94), da **Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil**, um Serviço Social Autônomo (art. 1º da Lei n. 10.668/2003) e da **Agência Brasileira de Desenvolvi-**

[2] Alexandre Mazza, *Agências reguladoras*, p. 75.

mento Industrial – ABDI, também com natureza jurídica de Serviço Social Autônomo (art. 1º da Lei n. 11.080/2004).

A prova da Magistratura/MG considerou ERRADA a assertiva: "As agências reguladoras são, segundo a doutrina prevalente no Brasil, entidades que, de forma autônoma e independente, editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas e regulam o mercado".

A prova da Magistratura/GO considerou ERRADA a assertiva: "As agências reguladoras possuem natureza jurídica de empresa pública em regime especial e são pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade administrativa".

3.7.3.2 Natureza jurídica

As **agências reguladoras** são **autarquias com regime especial**, possuindo todas as características jurídicas das **autarquias** comuns mas delas se diferenciando pela presença de **duas peculiaridades** em seu regime jurídico:

a) dirigentes estáveis: ao contrário das autarquias comuns, em que os dirigentes ocupam cargos em comissão exoneráveis livremente pelo Poder Executivo, nas agências reguladoras os dirigentes são **protegidos contra o desligamento imotivado**. A perda do cargo de direção em uma agência reguladora só pode ocorrer: 1) com o encerramento do mandato; 2) por renúncia; 3) por sentença judicial transitada em julgado. Essa proteção contra a exoneração imotivada ou ***ad nutum*** representa uma estabilidade mais acentuada, permitindo ao dirigente exercer tecnicamente suas funções sem preocupação com influências políticas ou partidárias;

A prova do Ministério Público/RN considerou CORRETA a afirmação: "As agências reguladoras são autarquias especiais que possuem regramento próprio, segundo as respectivas leis instituidoras. No plano federal, seus dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República e cumprem mandato fixo, não podendo ser exonerados *ad nutum*".

A prova da Magistratura do Distrito Federal/2007 considerou INCORRETA a afirmação: "As agências reguladoras são fundações públicas ou privadas de regime especial que possuem, em regra, maior autonomia e dirigentes com mandato fixo".

b) mandatos fixos: diferentemente do que ocorre com as demais autarquias, nas agências reguladoras os dirigentes **permanecem na função por prazo determinado** sendo desligados automaticamente após o encerramento do mandato. A **duração** dos mandatos varia entre as diversas agências reguladoras, que pode ser de: 1) **3 anos**: no caso da Anvisa e da ANS; 2) **4 anos**: para a Aneel, ANP, ANA, ANTT, Antaq e Ancine; 3) **5 anos**: na Anatel. A legislação prevê uma alternância na substituição dos dirigentes de modo que o encerramento dos mandatos ocorre em datas diferentes, obrigando a uma **renovação parcial na cúpula diretiva**.

Bastante polêmica é a questão da não coincidência dos mandatos de dirigentes das agências com o do Presidente da República que os indicou. Isso faz com que o novo Presidente da República seja obrigado a aceitar a permanência de diretores de agências indicados pelo governo anterior, violando o princípio republicano e desencadeando diversas crises institucionais. Essa não coincidência de mandatos tem sido apontada como um dos fatores determinantes do atual momento de declínio das agências reguladoras.

A legislação de algumas agências reguladoras permite a **recondução de dirigentes**, como nos casos da ANP (art. 11, § 3º, da Lei n. 9.478/97), da Anvisa (art. 11 da Lei n. 9.782/99), da ANS (art. 7º da Lei n. 9.961/2000), da ANA (art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.984/2000), da ANTT e da Antaq (art. 54, *caput*, da Lei n. 10.233/2001), sendo vedada, por falta de autorização legal, nas demais agências federais.

Alguns autores consideram que o regime especial das agências seria composto ainda de uma terceira característica jurídica diferencial: a quarentena. **Quarentena** é o período de **4 meses**, contado da exoneração ou do término do mandato, durante o qual **o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades** ou de prestar qualquer serviço **no setor regulado** pela respectiva agência (art. 8º da Lei n. 9.986/2000), sob pena de incorrer na prática do crime de advocacia administrativa.

Durante o período de quarentena, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes (art. 8º, § 2º, da Lei n. 9.986/2000).

3.7.3.3 Diretorias colegiadas

A Lei n. 9.986/2000, que trata da gestão de recursos humanos das agências federais, determina a obrigatoriedade do sistema diretivo colegiado nas agências. As Diretorias Colegiadas são compostas por cinco, quatro ou três diretores, conforme a entidade, **nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal**, caracterizando-se tal forma de investidura como um **ato administrativo complexo** na medida em que sua prática pressupõe a convergência de duas vontades distintas.

3.7.3.4 Classificação das agências reguladoras

A grande quantidade de agências reguladoras existentes no Brasil tem obrigado os estudiosos a elaborar várias classificações agrupando as entidades de acordo com diversos critérios:

1) Quanto à origem, as agências reguladoras podem ser **federais, estaduais, distritais** ou **municipais**. Ao contrário das agências federais que são especializadas, as agências pertencentes às demais esferas federativas são caracterizadas pela existência de competências mais abrangentes, sendo comum uma mesma entidade atuar na regulação de todos os serviços públicos titularizados pela pessoa federativa.

2) Quanto à atividade preponderante, podem ser:

a) agências de serviço: encarregadas das funções típicas de poder concedente, isto é, fiscalizar e disciplinar a prestação de serviços públicos executados por empresas particulares. Exemplos: Aneel, Anatel, ANTT, Antaq e Anac;

b) agências de polícia: exercem predominantemente a fiscalização sobre o exercício de atividades econômicas. Exemplos: ANS e Anvisa;

A prova da Magistratura do Distrito Federal/2007 considerou INCORRETA a afirmação: "As agências reguladoras têm a função de regular e controlar atividades que são objeto de concessão, permissão ou autorização, mas não detêm poder de polícia para fiscalizar e impor sanções".

c) agências de fomento: criadas para promover o desenvolvimento de setores privados. Exemplo: Ancine;

d) agências do uso de bens públicos: realizam a gestão e o controle sobre o uso de bens públicos. Exemplo: ANA.

3) Quanto à previsão constitucional, as agências podem ser classificadas em:

a) com referência constitucional: é o caso da Anatel (art. 21, XI, da CF) e da ANP (art. 177, § 2º, III, da CF);

b) sem referência constitucional: com exceção da Anatel e da ANP, as demais agências reguladoras não têm previsão determinada diretamente pela Constituição Federal de 1988.

4) Quanto ao momento de criação: essa recente classificação das agências reguladoras federais parte da constatação de quatro períodos históricos relacionados à vida de tais entidades, podendo ser:

a) agências de primeira geração (1996 a 1999): foram instituídas logo após o processo de privatizações, assumindo a função de gerir e fiscalizar setores abertos à iniciativa privada. Exemplos: Anatel, Aneel e ANP;

b) agências de segunda geração (2000 a 2004): a segunda geração de agências brasileiras não possui vinculação direta com a onda de privatizações, sendo caracterizadas pela diversificação nos setores de atuação, como o poder de polícia e o fomento. Exemplos ANS, ANA, Anvisa, ANTT, Antaq e Ancine;

c) agências de terceira geração (2005 a 2007): o surgimento da Anac permitiu a identificação de uma terceira onda envolvendo a criação de **agências reguladoras pluripotenciárias**, que exercem sobre o setor regulado simultaneamente poder de polícia, fomento e tarefas típicas de poder concedente.

Atualmente, o Brasil passa por uma fase de **declínio das agências reguladoras** decorrente de fragilidades que a concepção tecnicista neoliberal imprimiu à atuação de tais entidades. Ao mesmo tempo, o surgimento de crises nos setores, objeto da atuação de algumas agências, especialmente no segmento da aviação civil, desgastou a fórmula de dirigentes estáveis e mandatos fixos. Observa-se uma preferência atual pelo **modelo das superintendências**, que preserva algumas características das agências, mas permite ao Presidente da República exonerar imotivadamente os membros da Diretoria Colegiada.

3.7.3.5 Poder normativo

As agências reguladoras são legalmente dotadas de competência para estabelecer regras disciplinando os respectivos setores de atuação. É o denominado **poder normativo** das agências.

Tal poder normativo tem sua legitimidade condicionada ao cumprimento do princípio da legalidade na medida em que os atos normativos expedidos pelas agências ocupam **posição de inferioridade em relação à lei** dentro da estrutura do ordenamento jurídico.

Além disso, convém frisar que **não se trata tecnicamente de competência regulamentar** porque a edição de regulamentos é privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV, da CF). Por isso, os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras nunca podem conter determinações, simultaneamente, gerais e abstratas, sob pena de violação da privatividade da competência **regulamentar**.

Portanto, é fundamental não perder de vista **dois limites** ao exercício do poder normativo decorrentes do **caráter infralegal** dessa atribuição:

a) os atos normativos **não podem contrariar regras fixadas na legislação** ou tratar de temas que não foram objeto de lei anterior;

b) é **vedada a edição**, pelas agências, de **atos administrativos gerais e abstratos**.

A prova OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "Das decisões finais das agências reguladoras, pode caber recurso hierárquico impróprio, caso previsto na lei ou na Constituição".

A prova da Magistratura/MG considerou CORRETA a assertiva: "As agências reguladoras devem adaptar-se ao sistema jurídico brasileiro, principalmente quanto ao controle de legalidade dos seus atos".

A prova da Magistratura/MG considerou ERRADA a assertiva: "As agências reguladoras não se submetem, de modo absoluto, à legislação formal, daí se falar hoje em 'deslegalização'".

3.7.3.6 Supervisão ministerial e recursos hierárquicos impróprios

A Advocacia-Geral da União emitiu dois importantes pareceres sobre o controle administrativo da atuação das agências reguladoras federais. No **Parecer AGU 51/2006**, reconheceu-se a possibilidade de interposição de **recurso hierárquico impróprio**, dirigido ao ministro da pasta supervisora, contra decisões das agências que inobservarem a adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e os Ministérios que o auxiliam.

No **Parecer AGU 04/2006**, foram abordados diversos temas relativos à supervisão ministerial sobre as atividades das agências reguladoras federais, especialmente para o fim de **admitir a avocação, pelo Presidente da República, de competências regulatórias das agências**. Abaixo segue a transcrição da ementa do referido parecer:[3]

"EMENTA: PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I – O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal (DL n. 200/67, art. 170).

II – Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões

[3] Fonte: <http://www.agu.gov.br/atosinternos> (pareceres).

das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III – Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV – No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT n. 244/2005.

V – A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.

VI – Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.

VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.

VIII – As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP n. 2.229-43/2001".

3.7.4 Agências executivas

Previstas no art. 37, § 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, agências executivas é um **título atribuído pelo governo federal** a autarquias, fundações públicas e órgãos que celebrem **contrato de gestão** para ampliação **de sua autonomia** mediante a fixação de **metas de desempenho**.

Assim, as agências executivas não são uma nova espécie de pessoa jurídica da Administração Pública, mas uma **qualificação** obtida por entidades e órgãos públicos.

Importante instrumento da **administração gerencial**, o instituto da agência executiva foi uma tentativa de aumentar a eficiência da Administração Pública por meio da **flexibilização de exigências** legais em benefício da eficiência na gestão do interesse público.

A baixa qualidade técnica dos diplomas normativos disciplinadores da outorga do título de agência executiva e a falta de clareza quanto aos seus objetivos resultaram na diminuta repercussão prática do instituto, havendo poucos casos de entidades que obtiveram tal qualificação. Um raro **exemplo** de agência executiva é o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – **Inmetro**, uma autarquia federal que obteve a referida qualificação.

3.7.4.1 Histórico

A disciplina jurídica das agências executivas é realizada por diversos diplomas normativos abaixo mencionados.

1) Decreto n. 2.487/98: regulamenta o procedimento de outorga da qualificação. Segundo o decreto, as **autarquias** e as **fundações integrantes** da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, ser qualificadas como Agências Executivas (art. 1º).

A qualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva poderá ser conferida mediante **iniciativa do Ministério supervisor**, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes **requisitos**:

A prova da Magistratura do Distrito Federal/2007 considerou INCORRETA a afirmação: "A qualificação como agência executiva é feita por meio de lei de iniciativa privativa do Presidente da República".

a) ter celebrado **contrato de gestão** com o respectivo **Ministério supervisor**;

b) ter **plano estratégico de reestruturação** e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a **redução de custos**, já concluído ou em andamento.

O ato de qualificação como Agência Executiva dar-se-á **mediante decreto**.

O art. 1º, § 4º, do decreto disciplina o **processo de desqualificação**, sendo realizado por iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sempre que houver descumprimento dos requisitos para outorga do título.

2) Decreto n. 2.488/98: delegou aos Ministérios supervisores competência para aprovar ou readequar estruturas regimentais ou estatutos das Agências Executivas. O Ministro supervisor poderá subdelegar ao dirigente máximo da Agência Executiva a competência mencionada.

3) Lei n. 9.649/98: dispondo sobre a organização da Presidência da República, a Lei n. 9.649/98, no art. 51, trata especificamente do processo de qualificação como agência executiva, *in verbis:* "O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes

requisitos: I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor".

A lei prescreve que **a qualificação como agência executiva será feita em ato do Presidente da República**, sendo que o Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos contratos de gestão.

4) Emenda Constitucional n. 19/98: a Emenda da Reforma Administrativa acrescentou o § 8º no art. 37 da Constituição Federal, determinando que a **autonomia** gerencial, orçamentária e financeira dos **órgãos e entidades da administração direta e indireta** poderá ser **ampliada mediante contrato**, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

O texto do § 8º do art. 37 da CF é o único que menciona a possibilidade de **órgãos públicos também receberem a qualificação** de agências executivas. Trata-se de possibilidade polêmica na medida em que, não tendo personalidade jurídica própria, os órgãos públicos não poderiam vincular-se contratualmente com a União, especialmente levando em conta que a União e seus órgãos constituem uma única pessoa jurídica. Assim, o contrato de gestão, nessa hipótese, seria um autocontrato.

3.7.4.2 Características

As **características fundamentais** das agências executivas são as seguintes:

a) são **autarquias**, fundações e órgãos que recebem a qualificação por decreto do Presidente da República ou portaria expedida por Ministro de Estado;

b) celebram contrato de gestão com o Ministério supervisor para ampliação da autonomia;

c) possuem um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de **custos**.

A prova do Ministério Público/MS considerou INCORRETA a afirmação: "O contrato de gestão só pode ser celebrado entre a União e suas empresas estatais".

A prova da Magistratura Federal/5ª Região considerou ERRADA a afirmação: "A qualificação de uma autarquia como agência executiva, o que lhe assegura aumento dos valores de contratação de obras e serviços de engenharia com dispensa de licitação, depende de ela ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento ou, alternativamente, da celebração de contrato de gestão com o respectivo ministério supervisor".

▶ MUITO IMPORTANTE: Nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, as agências executivas têm **o dobro do limite** para **contratação direta por dispensa de licitação**. Assim, obras e serviços de engenharia de até R$30.000,00 (trinta mil reais) e demais objetos de até R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais) podem ser contratados pelas agências executivas sem **licitação**.

3.7.4.3 Comparação entre agências executivas e agências reguladoras

A nomenclatura assemelhada e as frequentes confusões entre os institutos recomendam esclarecer as mais importantes diferenças entre agências executivas e agências reguladoras.

Quadro comparativo entre agências executivas e agências reguladoras

	Agências executivas	Agências reguladoras
Natureza	Qualificação jurídica atribuída a órgãos ou pessoas governamentais	Autarquias com regime especial
Atuação	Visam a operacionalidade mediante exercício descentralizado de tarefas públicas	Controle e fiscalização de setores privados
Surgimento	Contexto da reforma administrativa	Contexto da reforma administrativa
Exemplos	Inmetro	Anatel, Aneel, Anac
Base ideológica	Modelo da administração gerencial	Modelo da administração gerencial
Âmbito Federativo	Existem somente no âmbito federal	Existentes em todas esferas federativas

3.7.5 Associações públicas

O **art. 241 da Constituição Federal** prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos** e os **convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a **gestão associada** de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços **transferidos**.

A prova da Magistratura do Paraná/2008 considerou CORRETA a afirmação: "Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais".

Regulamentando a citada norma constitucional, a **Lei n. 11.107/2005** disciplinou o instituto do consórcio público. **Consórcio público** é o **negócio jurídico plurilateral** de direito público que tem por objeto medidas de **mútua cooperação** entre **entidades federativas**, resultando na criação de uma **pessoa jurídica autônoma** com natureza de direito privado ou de direito **público**.

A prova da Procuradoria da Fazenda Nacional elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O sistema legislativo pátrio possibilita aos consórcios públicos a promoção de amplo rol de atividades, entre as quais se inclui receber subvenções econômicas ou sociais de órgãos do Governo, promover a arrecadação de tarifas e outorgar concessão de serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público".

A maior novidade do regime estabelecido pela Lei n. 11.107/2005 é a personificação dos consórcios. As entidades consorciadas podem optar entre duas naturezas distintas para a pessoa jurídica criada após a celebração do contrato (art. 6º):

a) consórcio com natureza de direito privado sem fins econômicos: basicamente submete-se às **regras da legislação civil**, mas tem que seguir a legislação administrativa quanto à licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal sob regime **celetista**. Os consórcios de direito privado **não integram a Administração**;

A prova da Magistratura do Paraná/2008 considerou CORRETA a afirmação: "No caso de se revestir de personalidade jurídica de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela CLT".

b) associação pública: se as entidades consorciadas optarem por conferir **natureza jurídica de direito público**, a nova pessoa jurídica recebe a denominação de associação pública. De acordo com a regra prevista no art. 6º da Lei n. 11.107/2005, **a associação pública integra a Administração Pública Indireta de todos os entes consorciados**. Essa estranha característica inaugura no Brasil a figura da **entidade transfederativa** porque a associação pública poderá ser ao mesmo tempo federal, estadual e municipal, integrando todas as esferas federativas das pessoas consorciadas.

A prova da Magistratura do Paraná/2008 considerou CORRETA a afirmação: "O consórcio público com personalidade jurídica de Direito Público integra a Administração indireta de todos os entes da Federação consorciados".

▶ PERGUNTA: O que são entidades transfederativas?

Resposta: São as associações públicas pertencentes à Administração Pública Indireta de todas as pessoas federativas consorciadas.

A novidade certamente implica diversas dificuldades práticas a respeito da legislação aplicável às associações pertencentes a mais de uma esfera federativa. Parece razoável concluir que se aplica à associação a legislação do âmbito federativo da entidade consorciada geograficamente mais extensa. Assim, por exemplo, se a União participa do consórcio, então a legislação aplicável será a federal quanto ao regime de contratação, procedimento licitatório, sistemas de controle etc.

É certo que as **associações públicas** são **pessoas jurídicas de direito público** interno pertencentes à **Administração Pública Indireta**. Nesse sentido, prescreve o art. 41, IV, do Código Civil: "São pessoas jurídicas de direito público interno: (...) IV – as autarquias, inclusive as associações". Predomina o entendimento de que as associações públicas são uma **nova categoria de pessoas da Administração Indireta**. José dos Santos Carvalho Filho, em posição minoritária, considera que é uma **espécie de autarquia**.

As associações públicas possuem alguns **privilégios**, também extensivos aos consórcios com natureza de direito privado, tais como:

a) poder de **promover desapropriações** e de instituir **servidões** – art. 2º, § 1º, II;

b) possibilidade de **serem contratadas** pela Administração Direta ou Indireta, **com dispensa de licitação** – art. 2º, § 1º, III;

c) **o dobro do limite para contratação direta** por dispensa de licitação em razão do valor – art. 24, I e II, **Lei n. 8.666/93**.

A prova da Procuradoria da Fazenda Nacional elaborada pela Esaf considerou CORRETAS as quatro assertivas abaixo: "1) os consórcios públicos podem realizar licitação da qual decorram contratos administrativos celebrados por órgãos dos entes da Federação consorciados; 2) o consórcio público com personalidade jurídica de Direito Público integra a Administração indireta de todos os entes da Federação consorciados; 3) os consórcios públicos podem ter personalidade jurídica de Direito Público ou de Direito Privado; 4) revestindo personalidade jurídica de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à celebração de contratos".

3.7.6 Empresas estatais

Dá-se o nome de empresas estatais às pessoas jurídicas de **direito privado** pertencentes à Administração Pública Indireta, a saber: **empresas públicas** e **sociedades de economia mista**. Em que pese a personalidade de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista têm em comum as seguintes **características**:

Levando em conta que empresas públicas e sociedades de economia mista têm regime predominantemente privado, e não próprio das empresas privadas, a prova da Magistratura do Tocantins/2007 considerou INCORRETA a assertiva: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em regime de monopólio submetem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas".

a) sofrem controle pelos **Tribunais de Contas**, Poder Legislativo e Judiciário;

b) dever de contratar mediante **prévia licitação**. Entretanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista **exploradoras de atividade econômica não precisam licitar** para a contratação de **bens e serviços relacionados** diretamente **com suas atividades finalísticas**, sob pena de inviabilizar a competição com as empresas privadas do mesmo setor;

c) obrigatoriedade de realização de **concurso público**;

d) **proibição de acumulação** de cargos, empregos ou funções públicas;

e) contratação de pessoal pelo **regime celetista** de emprego público, com exceção dos dirigentes, sujeitos ao regime **comissionado** (cargos "de confiança");

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Os dirigentes das empresas estatais que não são empregados dessas empresas não são considerados celetistas".

f) **remuneração** dos empregos **não sujeita ao teto constitucional**, exceto se receberem recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral;

g) jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerando **inconstitucional a exigência de aprovação prévia**, no âmbito do Poder Legislativo, como requisito para nomeação de seus dirigentes pelo Chefe do Executivo;

h) **impossibilidade de falência** (art. 2º, I, da Lei n. 11.101/2005).

3.7.6.1 Empresas públicas

Empresas públicas são **pessoas jurídicas de direito privado**, criadas por **autorização legislativa**, com **totalidade de capital público** e regime **organizacional**

livre. Exemplos: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – **BNDES**, Empresa de Correios e Telégrafos – **ECT**, Caixa Econômica Federal – **CEF**, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – **Embrapa** e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – **Infraero**.

O **conceito legislativo** está previsto no art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67: empresas públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, **com patrimônio próprio e capital exclusivo da União**, criadas por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência, ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de quaisquer das formas admitidas em direito.

Elaborado no final dos anos 1960, o conceito de empresa pública presente no Decreto-Lei n. 200 está desatualizado em três pontos principais:

a) "capital exclusivo da União": na verdade a doutrina considera que o **capital** da empresa pública dever ser **exclusivamente público**, podendo sua origem ser federal, distrital, estadual ou **municipal**;

A prova da Defensoria Pública/BA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O capital das empresas públicas é totalmente público, podendo pertencer a diversos entes públicos".

b) "criadas por lei": a nova redação do art. 37, XIX, da Constituição Federal, dada pela Emenda n. 19/98, prescreve que empresas públicas e sociedades de economia mista não **são criadas** por **lei**, mas **mediante autorização legislativa**;

A prova da Magistratura/GO considerou ERRADA a assertiva: "A empresa pública da União é pessoa jurídica de Direito Privado, criada por lei específica mediante proposta do Presidente da República".

c) "para exploração de atividade econômica": atualmente empresas públicas podem desempenhar dois tipos diferentes de atuações: exercer **atividades econômicas** ou prestar **serviços públicos**.

3.7.6.1.1 Características

As empresas públicas possuem as seguintes características fundamentais:

a) criação autorizada por lei específica: sempre que a Constituição utiliza a locução "mediante autorização legislativa" é porque a forma de instituição da entidade submete-se a um procedimento distinto da simples "criação por lei". A instituição por meio de lei específica envolve **três fases:** a) **promulgação de lei** autorizadora; b) **expedição de decreto** regulamentando a lei; c) **registro dos atos constitutivos** em **cartório** e na Junta **Comercial**. Ao contrário das autarquias criadas por lei, a personalidade jurídica das empresas públicas não surge com a simples promulgação do diploma legislativo, mas com o registro de sua constituição no cartório competente. É o que determina o art. 45 do Código Civil: "**começa a existência legal** das pessoas jurídicas de direito privado **com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro**, precedida, quando necessário, de autorização

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou ERRADA a assertiva: "As fundações têm necessariamente personalidade jurídica de Direito Público, assemelhando-se às autarquias".

ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo". Trata-se de forma de criação imposta pela natureza privada das empresas públicas. Pela mesma razão, **extinção de empresa pública** exige **idêntico procedimento**: 1) lei autorizando; 2) decreto regulamentando a extinção; 3) baixa dos atos constitutivos no registro competente;

b) todo capital é público: nas empresas públicas não existe dinheiro privado integrando o capital **social**;

c) forma organizacional livre: o art. 5º do Decreto-Lei n. 200/67 determina que a estrutura organizacional das empresas públicas pode adotar qualquer forma admitida pelo Direito Empresarial, tais como: sociedade anônima, limitada e **comandita**;

d) suas demandas são de competência da Justiça Federal: nos termos do art. 109 da Constituição Federal, cabe à **Justiça Federal** julgar as causas de interesse da União, entidade autárquica ou **empresa pública federal**. No caso das empresas públicas distritais, estaduais ou municipais, em regra, as demandas são julgadas em varas especializadas da Fazenda Pública na justiça comum estadual.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou ERRADA a assertiva: "Mediante autorização de lei específica, as empresas públicas podem contar com participação privada em seu capital".

Admitindo que o capital público pode estar repartido entre diversas pessoas governamentais, a prova de Procurador do Banco Central elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "No Direito brasileiro, uma empresa cujo capital seja de titularidade de três acionistas: União Federal – que possui maioria do capital votante –, uma autarquia estadual e uma empresa pública municipal integra a Administração indireta, sendo considerada empresa pública".

A prova do Ministério Público/MS considerou CORRETA a afirmação: "É possível, na esfera federal, uma empresa pública ser organizada sob a forma de sociedade anônima sendo a União sua única proprietária".

3.7.6.2 Sociedades de economia mista

Sociedades de economia mista são **pessoas jurídicas de direito privado**, criadas mediante **autorização legislativa**, com **maioria de capital público** e organizadas obrigatoriamente como **sociedades anônimas**. Exemplos: **Petrobras, Banco do Brasil, Telebrás, Eletrobrás** e **Furnas**.

O **conceito legal** de sociedade de economia mista está previsto no art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67: "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a **forma de sociedade anônima**, cujas **ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta**".

Assim como nas empresas públicas, o conceito de sociedade de economia mista apresentado pelo Decreto-Lei n. 200/67 exige dois reparos: são **criadas mediante autorização legislativa**, e não por lei; além de explorar atividades econômicas, **podem também prestar serviços públicos**.

É relevante destacar, ainda, que a referência à maioria do capital votante pertencente à União ou à entidade da Administração Indireta diz respeito às sociedades de economia mista federais. Aquelas ligadas às demais esferas federativas,

evidentemente, terão maioria de capital votante pertencendo ao Estado, Distrito Federal, Municípios, ou às respectivas entidades descentralizadas.

3.7.6.2.1 Características

Bastante semelhantes às empresas públicas, as sociedades de economia mista possuem as seguintes características jurídicas relevantes:

a) criação autorizada por lei: a personalidade jurídica surge com o registro dos atos constitutivos em cartório, assim como ocorre com as empresas públicas, não sendo criadas diretamente **pela lei**;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: "As autarquias, fundações e empresas estatais, de acordo com o princípio da legalidade, devem ser criadas por meio da lei".

b) a maioria do capital é público: na composição do capital votante, pelo menos 50% mais uma das ações com direito a voto devem pertencer ao Estado. É obrigatória, entretanto, a presença de capital votante privado, ainda que amplamente minoritário, sob pena de a entidade converter-se em empresa pública. Quanto às ações sem direito a voto, a legislação não faz qualquer exigência em relação aos seus detentores, podendo inclusive todas pertencer à iniciativa privada. A lei preocupa-se apenas em garantir ao Poder Público o controle administrativo da entidade, o que depende somente da composição do capital votante. Porém, se o Estado detiver **minoria do capital votante**, estaremos diante de **empresa privada com participação estatal**, caso em que a entidade não pertence à Administração **Pública**;

A prova da OAB/MG considerou CORRETA a afirmação: "Existem entidades que contam com a participação do Poder Público na formação de seu capital social, juntamente com o setor privado, mas que não integram a Administração indireta".

c) forma de sociedade anônima: por expressa determinação legal, as sociedades de economia devem ter obrigatoriamente a estrutura de S.A.;

d) demandas são julgadas na justiça comum estadual: ainda que federais, as sociedades de economia mista demandam e são demandadas perante a justiça **estadual** (art. 109 da CF).

A prova da Magistratura/PR considerou ERRADA a assertiva: "É competente a Justiça Federal para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista cujo acionista controlador seja a União Federal".

Quadro comparativo entre empresas públicas e sociedades de economia mista

Empresas públicas	Sociedades de economia mista
Base legal: art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67	Base legal: art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67
Pessoas jurídicas de direito privado	Pessoas jurídicas de direito privado
Totalidade de capital público	Maioria de capital votante é público
Forma organizacional livre	Forma obrigatória de S.A.
As da União têm causas julgadas perante a Justiça Federal	Causas julgadas perante a Justiça Comum Estadual
As estaduais, distritais e municipais têm causas julgadas, como regra, em Varas da Fazenda Pública	As estaduais, distritais e municipais têm causas julgadas em Varas Cíveis

3.7.7 Outras características das empresas públicas e sociedades de economia mista

As demais características das empresas públicas e sociedades de economia mista variam conforme a atuação preponderante da entidade.

Assim:

1) Prestadoras de serviço público: são imunes a impostos; os bens são **públicos**, respondem objetivamente (sem comprovação de culpa) pelos prejuízos causados; o Estado é responsável subsidiário pela quitação da condenação indenizatória; estão sujeitas à impetração de mandado de segurança e sofrem uma influência maior dos princípios e normas do Direito Administrativo. Exemplo: Empresa de Correios e Telégrafos – **ECT**.

A prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a assertiva: "Os bens das empresas públicas prestadoras de serviços públicos estão sempre sujeitos a penhora".

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Recente decisão do STF, levando em consideração a peculiar situação jurídica de uma estatal (regida pelo Direito Privado), afirmou a impossibilidade de se penhorarem seus bens e determinou que sua execução só poderia ocorrer pelo regime do precatório (art. 100 da Constituição Federal). Tal decisão ocorreu em referência à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), por se tratar de empresa pública que executa serviço público".

2) Exploradoras de atividade econômica: não têm imunidade **tributária**; seus bens são privados; respondem subjetivamente (com comprovação de culpa) pelos prejuízos causados; o Estado não é responsável por garantir o pagamento da indenização, não se sujeitam à impetração de mandado de segurança e sofrem menor influência do Direito Administrativo. Exemplos: Banco do Brasil e Petrobras.

▶ IMPORTANTE: **Pessoas jurídicas de direito privado nunca titularizam serviços públicos**. Assim, ao contrário do que ocorre com autarquias e fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público recebem da lei somente a titularidade da prestação, e não do serviço público em si. Desse modo, por exemplo, a Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública federal, detém a titularidade da prestação do serviço postal, enquanto a titularidade do serviço público em si pertence à União.

Quadro comparativo entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica

Prestadoras de serviço público	Exploradoras de atividade econômica
Imunes a impostos	Não têm imunidade
Bens públicos	Bens privados
Responsabilidade objetiva	Responsabilidade subjetiva
O Estado responde subsidiariamente	O Estado não tem responsabilidade pelos danos causados
Sujeitam-se à impetração de Mandado de Segurança	Não se sujeitam à impetração de Mandado de Segurança
Maior influência do Direito Administrativo	Menor influência do Direito Administrativo
Obrigadas a licitar	Obrigadas a licitar, exceto para bens e serviços relacionados com suas atividades finalísticas

3.7.8 Fundações governamentais de direito privado

Bastante **polêmica** cerca o debate sobre a possibilidade de o Estado criar fundações com personalidade jurídica de direito privado.

O art. 5º, IV, do **Decreto-Lei n. 200/67**, incluído pela Lei n. 7.596/87, admite essa possibilidade ao conceituar fundação pública como "a entidade dotada de **personalidade jurídica de direito privado**, sem fins lucrativos, criada em virtude de **autorização legislativa**, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes".

Celso Antônio **Bandeira de Mello rejeita** veementemente a legitimidade da **instituição de fundações estatais submetidas ao direito privado**, sob o argumento de que sua criação seria uma manobra inconstitucional para fugir dos controles moralizantes impostos pelas regras de Direito Público.[4] Para o autor, as fundações estatais são espécies do gênero autarquia, caracterizando-se, portanto, como pessoas jurídicas de direito público.

Entretanto, a **corrente doutrinária majoritária**, adotada em provas e **concursos públicos, admite a possibilidade de criação** de fundações governamentais de direito **privado**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou ERRADA a assertiva: "As fundações têm necessariamente personalidade jurídica de direito público, assemelhando-se às autarquias".

O argumento central favorável a tal possibilidade está, além da expressa conceituação do art. 5º, IV, do Decreto-Lei n. 200/67, disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda n. 19/98: "somente por **lei específica** poderá ser criada autarquia e **autorizada a instituição** de empresa pública, de sociedade de economia mista e **de fundação**, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

É fácil notar que o texto constitucional não alocou a fundação dentro da categoria a que pertencem as autarquias, cuja criação realiza-se "somente por lei específica". A fundação de que fala o **art. 37, XIX**, da Constituição Federal não é a fundação pública, espécie do gênero autarquia. O dispositivo, pelo contrário, alinha a referida **fundação** ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, isto é, entre as **pessoas jurídicas de direito privado**, cuja criação cabe à lei específica somente autorizar.

Assim, deve-se reconhecer a possibilidade de o Estado, ao criar uma fundação, escolher qual o regime jurídico aplicável, decidindo livremente entre a instituição de fundação pública, espécie do gênero autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, ou optar pela criação de fundação governamental com regime de direito privado.

---

[4] *Curso de direito administrativo*, p. 183.

Portanto, as **fundações governamentais** são conceituadas como pessoas jurídicas de **direito privado**, criadas mediante **autorização legislativa**, com a afetação de um acervo de bens à determinada finalidade pública. Exemplo: **Fundação Padre Anchieta**, fundação governamental do Estado de São Paulo mantenedora da Rádio e TV Cultura.

Um maior detalhamento normativo sobre as formas de atuação das fundações governamentais de direito privado tornou-se imprescindível para esclarecimento das incertezas em torno do polêmico instituto. Nesse sentido, a própria redação do art. 37, XIX, da Constituição Federal faz referência à necessidade de promulgação de **lei complementar** para **definir as áreas de sua atuação**.

Por fim, é conveniente reforçar as diferenças existentes entre fundações públicas e fundações governamentais de direito privado.

Quadro comparativo entre fundações públicas e fundações governamentais de direito privado

Fundações públicas	Fundações governamentais
Pessoas jurídicas de direito público	Pessoas jurídicas de direito privado
Pertencem à Administração Pública Indireta	Pertencem à Administração Pública Indireta
Criadas por lei específica	Criadas por autorização legislativa
A personalidade jurídica surge com a simples publicação da lei	A personalidade jurídica surge com o registro dos atos constitutivos em cartório, após publicação de lei autorizando e do decreto regulamentando a instituição
São extintas por lei específica	São extintas com a baixa em cartório
Espécie do gênero autarquia	Categoria autônoma
Titularizam serviços públicos	Não podem titularizar serviços públicos

3.7.9 Empresas subsidiárias

Empresas subsidiárias são aquelas **controladas por empresas públicas ou sociedades de economia mista**. Nos termos do art. 37, XX, da Constituição Federal, depende de **autorização legislativa** a criação de subsidiárias controladas por entidades da Administração Pública Indireta.

As subsidiárias, em princípio, **não integram a Administração Pública**, exceto se preencherem todas as condições exigidas para instituição de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

3.7.10 Fundações de apoio

As fundações de apoio são **pessoas jurídicas de direito privado**, instituídas sob a forma de **fundações privadas** para **auxiliar instituições federais de ensino** superior e de **pesquisa** científica e tecnológica. Sua atuação dá apoio a projetos de pesquisa, ensino, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (art. 1º da Lei n. 8.958/94).

As fundações de apoio submetem-se à **fiscalização do Ministério Público**, contratam em **regime trabalhista** e dependem de **prévio registro e credenciamento** no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renováveis bienalmente.

Podem ser **contratadas por dispensa de licitação** pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica (art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93).

3.8 ENTES DE COOPERAÇÃO

Entes de cooperação são pessoas jurídicas de **direito privado** que colaboram com o Estado exercendo **atividades não lucrativas** e de **interesse social**.

A doutrina divide os entes de cooperação em duas categorias: entidades paraestatais e terceiro setor.

3.8.1 Entidades paraestatais

O nome *paraestatais* significa literalmente entidades que **atuam ao lado do Estado** (do grego *pára*, lado). A ideia central do conceito remete a pessoas privadas colaboradoras da Administração Pública.

Não existe, entretanto, **um conceito legislativo** de entidades paraestatais, circunstância que desperta uma impressionante **controvérsia doutrinária** a respeito de quais pessoas fazem parte da categoria das paraestatais.

Reduzindo a disputa às concepções mais relevantes para concursos públicos, pode-se concluir pela existência de **sete posicionamentos distintos** sobre quem pertence à classe das entidades paraestatais:

a) **Hely Lopes** Meirelles: empresas públicas, sociedades de economia mista e serviços sociais;

b) José **Cretella** Júnior: somente as autarquias;

c) Celso Antônio **Bandeira de Mello**: pessoas colaboradoras que não se preordenam a fins lucrativos, como os serviços sociais;

d) **Sérgio de Andrea Ferreira**: empresas públicas e sociedades de economia mista;

e) **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**: serviços sociais, partidos políticos e sindicatos;

f) José dos Santos **Carvalho Filho**: toda a Administração Indireta e os serviços sociais;

g) **Maria Sylvia** Zanella Di Pietro: serviços sociais e entidades do terceiro setor.

Assim, as diversas correntes podem ser sintetizadas no quadro a seguir:

Quadro das entidades paraestatais

	Serviços sociais (sistema S)	Empresas públicas e sociedades de economia mista	Autarquias	Terceiro setor	Partidos políticos	Sindicatos
Hely Lopes Meirelles	✓	✓				
José Cretella Júnior			✓			
Celso Antônio Bandeira de Mello	✓					
Sérgio de Andrea Ferreira		✓				
Oswaldo Aranha Bandeira de Mello	✓				✓	✓
José dos Santos Carvalho Filho	✓	✓	✓			
Maria Sylvia Zanella Di Pietro	✓			✓		

Embora a controvérsia também tenha reflexos nas questões de prova, tem predominado em **concursos públicos** o entendimento de que o conceito de entidades paraestatais inclui **somente os serviços sociais**, na esteira da opinião sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Os **serviços sociais autônomos** são pessoas jurídicas de **direito privado**, criadas mediante **autorização legislativa** e que compõem o denominado **sistema "S"**. O nome sistema "S" deriva do fato de tais entidades estarem **ligadas à estrutura sindical** e terem sempre sua denominação iniciando com a letra "S" de serviço.

A prova de Delegado de Polícia/PE elaborada pelo Ipad considerou CORRETA a afirmação: "Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação depende de lei autorizadora, prestadoras de serviços de utilidade pública e financiadas por contribuições parafiscais".

Exemplos de serviços sociais paraestatais:

a) Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – **Senai**;

b) Serviço Social da Indústria – **Sesi**;

c) Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – **Senac**;

d) Serviço Social do Comércio – **Sesc**;

e) Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – **Senat**;

f) Serviço Social do Transporte – **Sest**;

g) Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – **Sebrae**;

h) Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – **Senar**.

Importante destacar que o último nome e, portanto, a letra final da sigla indica o **ramo sindical** a que o serviço social está ligado. Assim:

a) terminação **"I"**: serviços ligados aos sindicatos da **indústria**. Exemplos: Senai e Sesi;

b) terminação **"C"**: serviços ligados aos sindicatos do **comércio**. Exemplo: Sesc;

c) terminação **"T"**: serviços ligados aos sindicatos de **transportes**. Exemplos: Sest e Senat;

d) terminação **"AE"**: serviços ligados às **micro e pequenas empresas**;

e) terminação **"R"**: serviços ligados ao **setor rural**.

Recentemente, algumas **agências sociais** têm sido criadas sem observar as nomenclaturas tradicionais atribuídas aos serviços sociais. É o caso da **Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil**, um serviço social autônomo criado para realizar a promoção comercial das exportações (art. 1º da Lei n. 10.668/2003), e da **Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI**, também com natureza jurídica de serviço social autônomo instituído para promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial (art. 1º da Lei n. 11.080/2004). Segundo José dos Santos **Carvalho Filho**, entretanto, as recém-criadas agências sociais possuem algumas **características jurídicas diferenciadas** em comparação com os serviços sociais tradicionais,[5] tais como:

a) o presidente é nomeado pelo Presidente da República;

b) a supervisão compete ao Poder Executivo;

c) previsão de celebração de contrato de gestão;

d) dotações orçamentárias consignadas no Orçamento Geral da União.

Adotando entendimento isolado, **Carvalho Filho** defende que as **novas agências sociais** teriam natureza de agências executivas sob a forma de **autarquias**.[6] A referida posição induz à conclusão inaceitável de que a Apex-Brasil e a ABDI fariam parte da Administração Pública Indireta como pessoas autárquicas de direito público, contrariando a própria legislação instituidora dos mencionados serviços sociais.

3.8.1.1 Características

Os serviços sociais autônomos possuem as seguintes características fundamentais:

a) são pessoas jurídicas de **direito privado**;

b) são criados mediante **autorização legislativa**;

c) **não têm fins lucrativos**;

---

5 *Manual de direito administrativo,* p. 510.

6 *Manual de direito administrativo,* p. 510.

d) executam **serviços de utilidade pública**, mas não **serviços públicos**;

A prova de Procurador da República considerou INCORRETA a afirmação: "Os serviços sociais autônomos destinam-se a prestar serviços públicos".

e) produzem benefícios para **grupos ou categorias profissionais**;

f) **não pertencem ao Estado**;

g) são **custeados por contribuições** compulsórias pagas pelos sindicalizados (art. 240 da CF), constituindo verdadeiros exemplos de **parafiscalidade tributária** (art. 7º do CTN);

h) os valores remanescentes dos recursos arrecadados constituem **superávit**, e não lucro, devendo ser revertidos nas finalidades essenciais da entidade;[7]

i) estão sujeitos a **controle estatal**, inclusive por meio dos **Tribunais de Contas**;

j) **não precisam contratar** pessoal **mediante concurso público**;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "As entidades do denominado sistema S (Sesi, Sesc, Senai, Senac) não se submetem à regra da licitação nem a controle pelo TCU".

k) estão **obrigados a realizar licitação** (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93). Deve-se registrar, no entanto, a existência de entendimento do **Tribunal de Contas da União**[8] no sentido de que o procedimento licitatório adotado pelos serviços sociais visa garantir transparência na contratação de fornecedores, podendo os **regimentos internos** de cada entidade **definir ritos simplificados próprios**, desde que não contrariem as regras gerais previstas na Lei n. 8.666/93;

l) são **imunes a impostos** incidentes sobre patrimônio, renda e serviços (art. 150, VI, *c*, da CF).

3.8.2 Terceiro setor

O nome "terceiro setor" designa atividades que não são, **nem governamentais** (primeiro setor), **nem empresariais** e **econômicas** (**segundo setor**). Desse modo, o terceiro setor é composto por **entidades privadas** da sociedade civil que exercem **atividades de interesse público sem finalidade lucrativa**.

A prova da Magistratura Federal considerou CORRETA a afirmação: "O Estado compõe o primeiro setor, ao passo que o mercado configura o segundo setor".

O **regime jurídico** aplicável a tais entidades é **predominantemente privado**, parcialmente derrogado por normas de **Direito Público**.

A Administração Pública incentiva o desenvolvimento das atividades do terceiro setor em razão do alcance social dessa atuação.

A prova da Procuradoria da Fazenda Nacional/2006 elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "As pessoas jurídicas que integram o chamado Terceiro Setor têm regime jurídico predominantemente de Direito Privado, parcialmente derrogado por normas de Direito Público". A mesma prova entendeu ERRADA a assertiva: "As pessoas jurídicas que integram o chamado Terceiro Setor têm regime jurídico predominantemente de Direito Público, parcialmente derrogado por normas de Direito Privado".

---

7 José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 511.

8 1ª Câmara do TCU, Decisão n. 47/2005.

O estímulo a tais entidades enquadra-se na função administrativa denominada **fomento**, que juntamente com os serviços públicos e o poder de polícia formam o conjunto das três **atividades precípuas da Administração Pública moderna**.

No âmbito federal, **duas qualificações** podem ser atribuídas para entidades do terceiro setor: a) organizações sociais (**OSs**); e b) organizações da sociedade civil de interesse público (**Oscips**).

3.8.2.1 Organizações sociais

Criada pela Lei n. 9.637/98, organização social é uma **qualificação especial** outorgada pelo governo federal a entidades da iniciativa privada, sem fins lucrativos, cuja outorga autoriza a fruição de **vantagens peculiares**, como isenções fiscais, destinação de recursos orçamentários, repasse de bens **públicos**, bem como empréstimo temporário de servidores governamentais.

A prova de Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "Às organizações sociais, segundo o regime legal em vigor, poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos, além de ser admissível, ainda, a cessão especial de serviço público com ônus para a Administração".

Exigindo conhecimento de uma peculiaridade do regime jurídico aplicável ao terceiro setor na legislação paulista, a prova da Procuradoria do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "As organizações sociais criadas na área da saúde, no âmbito do Estado de São Paulo, afastam-se em parte do modelo federal, na medida em que não se cogita da possibilidade de substituição dos serviços prestados pelo Estado no setor, mas, sim, de sua mera complementação por essas entidades".

As áreas de atuação das organizações sociais são **ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura** e **saúde**. Desempenham, portanto, **atividades de interesse público**, mas que não se caracterizam como serviços públicos *stricto sensu*, razão pela qual é incorreto afirmar que as organizações sociais são concessionárias ou permissionárias.

Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.637/98, a **outorga da qualificação** constitui **decisão discricionária**, pois, além da entidade preencher os requisitos exigidos na lei, o inciso II do referido dispositivo condiciona a atribuição do título a "haver **aprovação**, quanto à **conveniência e oportunidade** de sua qualificação como organização social, do **Ministro ou titular de órgão supervisor** ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado". Assim, as entidades que preencherem os requisitos legais possuem simples **expectativa de direito** à obtenção da qualificação, nunca direito adquirido. Evidentemente, o **caráter discricionário** dessa decisão, permitindo outorgar a qualificação a uma entidade e negar a outro que igualmente atendeu aos requisitos legais, **viola o princípio da isonomia**, devendo-se considerar inconstitucional o art. 2º, II, da Lei n. 9.637/98.

Na verdade, as organizações sociais representam uma **espécie de parceria** entre a Administração e a iniciativa privada, exercendo atividades que, antes da Emenda 19/98,

eram desempenhadas por entidades públicas. Por isso, seu surgimento no Direito Brasileiro está relacionado com um **processo de privatização *lato sensu*** realizado por meio da abertura de atividades públicas à iniciativa **privada**.

A prova da Magistratura Federal considerou CORRETA a afirmação: "A qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como de se viabilizarem o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei n. 9.637/98, como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde".

O instrumento de formalização da parceria entre a Administração e a organização social é o **contrato de gestão**, cuja aprovação deve ser submetida ao **Ministro de Estado** ou outra autoridade supervisora da área de atuação da **entidade**.

O contrato de gestão discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, devendo obrigatoriamente **observar os seguintes preceitos**:

I – especificação do **programa de trabalho** proposto pela organização social, a estipulação das **metas a serem atingidas** e os respectivos **prazos de execução**, bem como previsão expressa dos **critérios objetivos de avaliação** de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II – a estipulação dos **limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens** de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções;

III – os **Ministros de Estado ou autoridades supervisoras** da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

A **fiscalização** do contrato de gestão será exercida pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, devendo a organização social apresentar, ao término de cada exercício, **relatório de cumprimento das metas** fixadas no contrato de gestão.

A prova do Ministério Público/RN considerou CORRETA a afirmação: "A organização social é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que pode receber do Poder Público, através de contrato de gestão, verbas e bens públicos, com dispensa de licitação, bem como a cessão de servidores públicos para o cumprimento de suas metas".

Se descumpridas as metas previstas no contrato de gestão, o Poder Executivo poderá proceder à **desqualificação da entidade** como organização social, desde que **precedida de processo administrativo** com garantia de contraditório e ampla defesa.

A prova de Procurador do Estado/PE considerou CORRETA a afirmação: "As organizações sociais, disciplinadas pela Lei n. 9.637/98 na esfera federal, são aquelas assim declaradas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que celebram contrato de gestão com o Poder Público para obtenção de recursos orçamentários e desenvolvem serviços sociais não exclusivos do Estado, podendo estar dispensadas de licitar no decorrer do exercício de suas atividades".

Por fim, convém relembrar que o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 prevê hipótese de **dispensa de licitação** para a celebração de **contratos de prestação de serviços** com as **organizações sociais**, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de **gestão**.

Excessivamente abrangente, o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, tem a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.923/98. Recentemente, foi indeferida a medida cautelar que suspendia a eficácia da norma, de modo que **o dispositivo voltou a ser aplicável**.

3.8.2.2 Oscips

As organizações da sociedade civil de interesse público – Oscips – são **pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos**, instituídas por iniciativa dos particulares, para desempenhar **serviços não exclusivos do Estado**, com fiscalização pelo Poder Público, formalizando a parceria com a Administração Pública por meio de **termo de parceria**.

A prova do Ministério Público/RN considerou CORRETA a afirmação: "A Oscip é pessoa jurídica de direito privado e firma seu compromisso com a Administração Pública, através de um termo de parceria, sem ingerência de agentes do Poder Público em seus Conselhos de Administração".

A outorga do título de Oscip é disciplinada pela **Lei n. 9.790/99**, regulamentada pelo Decreto n. 3.100/99, e permite a concessão de benefícios especiais, como a destinação de **recursos públicos**.

A prova de Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "Às Oscips, segundo regime legal em vigor, poderão ser destinados recursos públicos".

O campo de atuação das Oscips é mais abrangente do que o das organizações sociais. Nos termos do art. 3º da Lei n. 9.790/99, a qualificação somente poderá ser outorgada às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes **finalidades**:

"I – promoção da assistência social;

II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V – promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII – promoção do voluntariado;

VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos".

O **termo de parceria** firmado entre o Poder Público federal e a Oscip discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, prevendo especialmente **metas** a serem alcançadas, **prazo de duração, direitos e obrigações** das partes e **formas de fiscalização**.

Ao contrário das organizações sociais, a **outorga** do título de Oscip é **decisão vinculada**, podendo-se falar em **direito adquirido à qualificação** para todas as entidades que preencherem os requisitos exigidos na legislação.

O art. 2º da Lei n. 9.790/99 **veda a concessão do título de Oscip** para as seguintes pessoas jurídicas:

"I – as **sociedades comerciais**;

II – os **sindicatos**, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

III – as **instituições religiosas** ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

A prova de Procurador do Trabalho considerou INCORRETA a assertiva: "A um sindicato pode ser outorgada a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público para, por exemplo, promover o desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza".

IV – as **organizações partidárias** e assemelhadas, inclusive suas fundações;

V – as **entidades de benefício mútuo** destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

VI – as entidades e empresas que comercializam **planos de saúde** e assemelhados;

VII – as **instituições hospitalares privadas** não gratuitas e suas mantenedoras;

VIII – as **escolas privadas** dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

IX – as **organizações sociais**;

X – as **cooperativas**;

XI – as **fundações** públicas;

XII – as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

XIII – as **organizações creditícias** que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal".

O requerimento de qualificação será formalizado perante o **Ministro da Justiça** que, analisando o preenchimento dos requisitos legais, decide sobre a outorga do título.

Assim como ocorre com as organizações sociais, as **obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas pelas Oscips**, com os **recursos ou bens repassados voluntariamente pela União**, serão contratadas mediante processo de **licitação pública**, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente (art. 1º do Decreto n. 5.504/2005). Sendo **bens e serviços comuns**, torna-se obrigatória a utilização do **pregão**, preferencialmente na **modalidade eletrônica**.

A prova do Ministério Público/DF elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Sobre o chamado Terceiro Setor, que abrange os serviços sociais autônomos, fundações, associações, cooperativas, organizações sociais e Oscips pode-se dizer que não é permitida a participação de servidores públicos na composição do Conselho de Oscips".

Deixando de preencher as exigências legais, a entidade pode **perder a qualificação de Oscip**, mediante processo administrativo com garantia de ampla defesa e **contraditório**.

3.8.2.3 Comparação entre organizações sociais e Oscips

Por fim, torna-se oportuno sintetizar as diferenças fundamentais entre as duas qualificações outorgadas pelo governo federal às entidades que atuam no terceiro setor.

Quadro comparativo entre OSs e Oscips

Organizações sociais	Oscips
Lei n. 9.637/98	Lei n. 9.790/99
Exercem atividades de interesse público anteriormente desempenhadas pelo Estado	Exercem atividades de natureza privada
Contrato de gestão	Termo de parceria
A outorga é discricionária	A outorga é vinculada
A qualificação depende de aprovação do Ministro de Estado ligado à área de atuação da entidade	A qualificação é outorgada pelo Ministro da Justiça
Podem ser contratadas por dispensa de licitação	Não há previsão legal de contratação direta sem licitação
Devem realizar licitação para contratações resultantes da aplicação de recursos e bens repassados diretamente pela União	Devem realizar licitação para contratações resultantes da aplicação de recursos e bens repassados diretamente pela União
Estão proibidas de receber a qualificação de Oscips	Não há previsão legal equivalente

3.9 QUESTÕES

1. (Magistratura Federal – 5ª Região) Acerca dos quatro setores da economia, os quais repercutem na atuação da administração pública, julgue os itens subsequentes.

( ) A ação de controle do Estado sobre organizações do terceiro setor que recebem, utilizam e gerenciam recursos públicos está amparada na Constituição Federal. Com o controle estatal, objetiva-se assegurar não apenas a regular aplicação dos recursos públicos transferidos, mas também a observância dos princípios da legitimidade e da economicidade na aplicação desses recursos, de forma a preservar o bem público, a correta identificação dos beneficiários e a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução das atividades, sem comprometimento dos padrões de qualidade, buscando-se, em suma, a eficiência alocativa do dinheiro público.

( ) A qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como de se viabilizarem o fomento e a execução de atividades

relativas às áreas especificadas na Lei n. 9.637/98, como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

( ) O quarto setor é o espaço institucional que abriga um conjunto de ações de caráter privado, associativo e voluntarista e, em geral, estruturado e voltado para a geração de bens e serviços públicos de consumo coletivo.

( ) O Estado compõe o primeiro setor, ao passo que o mercado configura o segundo setor.

2. (PFN – 2002 – Esaf) Em relação à organização administrativa brasileira, é correto afirmar que:

A) agências executivas e agências reguladoras são expressões com o mesmo significado jurídico;
B) o contrato de gestão pode ser celebrado com órgão despersonalizado da Administração Direta;
C) as fundações governamentais com personalidade jurídica de direito privado podem exercer poder de polícia administrativa;
D) a empresa pública tem por objeto, sempre, a exploração de atividade econômica.

3. (Analista Judiciário – TRT/AL – FCC) As agências reguladoras, criadas para regular e fiscalizar os serviços prestados por empresas privadas que atuam na prestação de serviços, que em suas essências seriam públicos, têm natureza jurídica de

A) autarquias sob regime especial;
B) órgãos da Administração direta;
C) empresas públicas;
D) órgãos do Tribunal de Contas da União;
E) entidades privadas.

4. (Analista Judiciário – TRT/MA – FCC) São traços distintivos entre empresa pública e sociedade de economia mista:

A) forma jurídica; composição do capital e foro processual;
B) foro processual; forma de criação e objeto;
C) composição de capital; regime jurídico e forma de criação;
D) objeto; forma jurídica e regime jurídico;
E) regime jurídico; objeto e foro processual.

5. (OAB Nacional – Cespe) A norma jurídica necessária à criação de uma autarquia ou à autorização da instituição de uma empresa pública foi definida pela Constituição Federal como

A) lei, no caso de criação de autarquia, e decreto, no caso de instituição de empresa pública;
B) lei específica, tanto para a criação de autarquia como para a instituição de empresa pública;
C) decreto, quando se tratar de criação de autarquia, e lei, para a instituição de empresa pública;
D) decreto específico, tanto para a criação de autarquia quanto para a instituição de empresa pública.

6. (Analista Judiciário – TRT/PB – FCC) As organizações sociais têm como característica, entre outras,

A) atuar também nas áreas de ensino, pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico;
B) o vínculo jurídico com o Poder Público por meio do contrato de parceria;
C) criação por decreto do Chefe do Executivo;
D) a desnecessidade de habilitar-se perante a Administração Pública;
E) ser pessoa jurídica de direito privado, podendo ter fins lucrativos.

7. (PFN – 2003 – Esaf) Tratando-se de Administração Pública Descentralizada ou Indireta, assinale a afirmativa errada:

A) a qualificação como agência executiva pode recair tanto sobre entidade autárquica quanto fundacional, integrante da Administração Pública;
B) conforme a norma constitucional, a empresa pública exploradora de atividade econômica terá tratamento diferenciado quanto às regras de licitação;
C) admite-se, na esfera federal, uma empresa pública, sob forma de sociedade anônima, com um único sócio;
D) pode se instituir uma agência reguladora cujo objeto de fiscalização ou regulação não seja uma atividade considerada como serviço público;
E) as entidades qualificadas como Organizações Sociais, pela União Federal, passam a integrar, para efeitos de supervisão, a Administração Pública Descentralizada.

8. (OAB Nacional – Cespe) Em relação à organização da administração pública, assinale a opção correta.

A) Os dirigentes das empresas estatais que não são empregados dessas empresas não são considerados celetistas.
B) A Receita Federal (fazenda pública) tem natureza jurídica autárquica.
C) Com o fim do regime jurídico único, os funcionários públicos das empresas estatais, quando prestadoras de serviço público, podem, atualmente, ser estatutários.
D) As autarquias, fundações e empresas estatais, de acordo com o princípio da legalidade, devem ser criadas por meio de lei.

9. (Magistratura/PR – 2007) A titulação genérica de Administração Pública, usada pelo legislador constituinte de 1988, ao tratar da organização do Estado, para efeito de sujeição dos seus atos à obediência de determinados princípios fundamentais e à observância de outras exigências, restrições ou limitações ali declinadas, envolve as esferas de Poder da República. Nesse sentido assinale a alternativa correta, que aponta quais integrantes compõem a titulação Administração Pública:

A) somente os órgãos públicos federais do Poder Executivo;
B) somente os órgãos públicos federais, estaduais e municipais do Poder Executivo;
C) os órgãos dos Três Poderes, na esfera federal, estadual e municipal, mas não as suas entidades descentralizadas;
D) os órgãos dos Três Poderes, na esfera federal, estadual e municipal, bem como suas entidades descentralizadas.

10. (Analista Judiciário – TRT/PE – FCC) Com relação às entidades da administração pública indireta é correto afirmar:

A) A Ordem dos Advogados do Brasil, criada por lei específica, pode ser enquadrada como sociedade de economia mista.
B) As autarquias são criadas por lei e, apesar de possuírem personalidade jurídica de direito privado, não têm capacidade de auto-organização.
C) As sociedades de economia mista, em regra, poderão ser estruturadas sob qualquer forma admitida em direito, podendo ser civil ou comercial.
D) As sociedades de economia mista são constituídas com capital exclusivamente público, mas administradas em conjunto pela Administração e pelo Administrado.
E) As empresas públicas são criadas e extintas por lei, possuindo personalidade jurídica de direito privado, estando sujeitas ao controle estatal.

11. (OAB Nacional – Cespe) Acerca das entidades paraestatais e do terceiro setor, assinale a opção correta.

A) As entidades do denominado sistema S (Sesi, Sesc, Senai, Senac) não se submetem à regra da licitação nem a controle pelo TCU.
B) As entidades paraestatais estão incluídas no denominado terceiro setor.
C) As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar atividade típica de Estado.
D) As organizações da sociedade civil de interesse público celebram contrato de gestão, ao passo que as organizações sociais celebram termo de parceria.

12. (Magistratura/PR – 2007) Considerando as características da Teoria do Órgão, no que se refere aos órgãos administrativos, assinale a alternativa INCORRETA:

A) Possuem quadro de servidores.
B) Possuem competência própria.
C) Possuem estrutura e poderes funcionais.
D) Possuem personalidade jurídica.

13. (Analista Judiciário – TRT/GO – FCC) Embora a Administração Pública indireta seja constituída de entidades de direito público e/ou de direito privado, é certo que elas têm alguns traços comuns, dentre os quais se destaca que

A) elas têm liberdade na fixação ou modificação de seus próprios fins;
B) a sua criação nem sempre é feita ou autorizada por lei;
C) a sua finalidade essencial é o lucro, que será distribuído dentre seus funcionários/ou empregados;
D) elas têm a possibilidade de se extinguirem pela própria vontade;
E) todas têm personalidade jurídica própria, o que implica direitos e obrigações definidas em lei.

14. (Analista Judiciário – TRT/AL – FCC) Quando celebram termo de parceria com a Administração Pública, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, como entidades do terceiro setor,

A) passam a integrar a Administração Direta;
B) exercem atividade privada de interesse público;
C) transformam-se em empresas estatais;
D) exercem atividade de direito público;
E) não estão sujeitas a fiscalização por parte do Tribunal de Contas.

15. (OAB Nacional – Cespe) Acerca dos órgãos públicos, assinale a opção correta.

A) É correto, do ponto de vista da natureza jurídica do órgão, afirmar que "João propôs uma ação de rito ordinário contra a Receita Federal".
B) Alguns órgãos públicos têm capacidade processual, já que são titulares de direitos subjetivos próprios a serem defendidos.
C) A teoria que melhor explica a relação existente entre o servidor público e a pessoa jurídica do Estado é a teoria da representação, cuja característica principal consiste no princípio da imputação volitiva. Assim, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence, já que aquele estaria agindo em seu nome.
D) A organização da administração pública direta, no que se refere à estruturação dos órgãos e competência, é matéria reservada à lei.

16. (Magistratura/PR – 2007) A Administração Pública está condicionada aos princípios explícitos e implícitos na Constituição. Dentre aqueles aplicados à Administração Indireta encontra-se o Princípio da Especialidade dos Entes. Assinale abaixo a alternativa correta, pertinente a este princípio:

A) Permite a criação de entidades sem fins lucrativos para atuar em comum competência com as ONGs, nas lacunas da prestação de serviços públicos.
B) Possibilita que, no curso da descentralização administrativa, a criação ou a autorização para criação de ente diverso da pessoa política só poderá ser feita mediante lei específica, sendo que a lei que instituir tal espécie de entidade, ou autorizar sua criação, deverá informar a finalidade específica para a qual foi criada.
C) Sustenta que, sendo a atividade administrativa infralegal, as competências públicas não serão descaracterizadas senão nos casos previstos em lei.
D) Titulação genérica da Administração Pública Indireta, usada pelo legislador constituinte de 1988, ao tratar da Organização do Estado, para efeito de sujeição dos seus atos à obediência de determinados princípios fundamentais.

17. (OAB/SP – Vunesp) É ponto básico, diferenciador de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública, de uma autarquia:

A) a autarquia insere-se na Administração Pública Direta e as demais na Indireta;
B) apenas a autarquia submete-se ao regime jurídico público;
C) as primeiras não precisam ser criadas por lei;
D) só a autarquia presta serviços administrativos ao Poder Público.

18. (Procuradoria da República – 22º) Sobre as figuras da administração indireta e entidades afins, é correto afirmar que:

A) por serem pessoas de direito público, as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário das empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, sendo pessoas de direito privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas;
B) conquanto seja a autarquia pessoa jurídica distinta do Estado, o titular do Ministério a que ela se submete é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra atos de seus dirigentes, pois existem vínculos de controle legalmente previstos;
C) a natureza das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras não impõe o regime de cargo público para seus agentes, estando compatibilizada com o regime de emprego, nos termos da Consolidação da Legislação Trabalhista;
D) no desempenho de atividades relacionadas à segurança nacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

19. (OAB/SP – Vunesp) As empresas públicas e sociedades de economia mista podem contratar sem o procedimento licitatório previsto na Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações)?

A) Não, com exceção das que explorarem atividade econômica.
B) Sim, desde que o objeto do contrato diga respeito à sua atividade-fim.
C) Sim, desde que o objeto do contrato diga respeito à sua atividade-meio.
D) Não, a não ser que estejam sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

20. (Analista Judiciário – TRT/MG – FCC) Sobre as empresas públicas e as sociedades de economia mista, é INCORRETO afirmar:

A) As sociedades de economia mista federais não foram contempladas com o foro processual da Justiça Federal.

B) As empresas públicas podem ser estruturadas sob qualquer das formas admitidas em direito.
C) O capital das sociedades de economia mista é constituído por capital público e privado.
D) No capital das empresas públicas pode ser admitida a participação de entidades da administração indireta.
E) As sociedades de economia mista não podem ser estruturadas sob a forma de sociedade anônima.

21. (OAB/SP – Vunesp) As empresas PETROBRAS e ECT (Correios), ambas sociedades de economia mista, distinguem-se uma da outra porque a
A) ECT sofre ingerência de princípios e preceitos de direito público.
B) PETROBRAS tem personalidade de direito privado.
C) ECT sofre o influxo de regras de direito público com uma carga mais acentuada.
D) PETROBRAS é uma espécie de empresa estatal.

22. (Analista Judiciário – TRT/MT – FCC) Dentre as entidades da Administração Pública Indireta, para cuja criação é suficiente mera autorização legal, NÃO se incluem as
A) empresas públicas;
B) autarquias;
C) sociedades de economia mista;
D) fundações públicas;
E) fundações privadas.

23. (OAB/SP – Vunesp) As Agências Reguladoras (ANATEL, ANEEL, ANP, etc.) são definidas com a natureza jurídica de autarquias especiais, diferenciando-se das autarquias não especiais
A) pela sua autonomia financeira;
B) pela sua independência administrativa;
C) pela ausência de subordinação hierárquica;
D) pelo mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

24. (Analista Judiciário – TRT/SC – FCC) Sobre a organização da administração pública, assinale os órgãos que integram a administração direta:
A) Tribunais Regionais do Trabalho.
B) Tribunais de Contas dos Estados.
C) Organizações Sociais.
D) Secretarias de Estado.
E) Fundações criadas por lei.

25. (OAB/SP – Vunesp) Pela legislação das Agências Reguladoras, seus diretores devem ser nomeados pelo Chefe do Executivo, após aprovação prévia do Senado Federal. Se diretor de Agência Reguladora não for aprovado pelo Senado, poderá ele ser nomeado assim mesmo?
A) Não, porque a decisão do Senado é vinculativa para o ato administrativo de nomeação.
B) Sim, visto que a nomeação é da competência discricionária do Poder Executivo.
C) Não, porque o ato de nomeação será considerado inexistente.
D) Sim, desde que o Senado dê vigência posterior ao ato de nomeação.

26. (Analista Judiciário – TRT/MG – FCC) A afirmação de ser o Presidente da República autoridade hierarquicamente superior ao dirigente da sociedade de economia mista, essa noção

A) conflita com a regra consagrada pela doutrina, posto que, segundo esta, não há relação de hierarquia entre autoridades da Administração direta e autoridades da Administração indireta.
B) conflita com a regra consagrada pela doutrina, posto que a relação hierárquica se estabelece entre um Ministro e as autoridades da Administração indireta vinculadas ao respectivo Ministério.
C) conflita com a regra consagrada pela doutrina, posto que a noção de hierarquia apenas se aplica aos órgãos militares da Administração Pública.
D) está harmônica com a regra consagrada pela doutrina, posto que se trata do Presidente da República e de sociedade de economia mista federal.
E) está harmônica com a regra consagrada pela doutrina, posto que o Presidente da República é a autoridade de máxima hierarquia da Administração do País, independentemente de se cogitar de sociedade de economia mista federal, estadual ou municipal.

27. (OAB/SP – Vunesp) Diz-se que só existe em relação à sociedade de economia mista prestadora de serviço público e não quanto à exploradora de atividade econômica:

A) obrigação de realizar seleção pública para contratação de seus empregados;
B) legitimidade passiva para Mandado de Segurança;
C) obrigação de licitar;
D) controle pelo Tribunal de Contas.

28. (Procurador da República – 21º) Quanto às entidades da administração indireta, assinale a alternativa INCORRETA:

A) os bens das empresas públicas prestadoras de serviços públicos estão sempre sujeitos a penhora;
B) pelo regime legal em vigor, a prescrição das prestações contra empresas públicas dá-se em 5 (cinco) anos;
C) a concessão de qualquer vantagem a empregados de sociedade de economia mista depende de prévia dotação orçamentária;
D) a lei que definir o estatuto jurídico das sociedades de economia mista poderá sujeitá-las parcialmente ao regime próprio das empresas públicas.

29. (PFN – 2002 – Esaf) A recente reforma do Estado, empreendida pelo Governo Federal, introduziu diversas novas figuras na Administração Pública Federal. No rol abaixo, assinale aquela que pode ser conceituada como resultado da qualificação que se atribui a uma autarquia ou fundação pública, cujo objeto institucional seja uma atividade exclusiva de Estado, com o propósito de dotá-la de maior autonomia gerencial:

A) agência reguladora;
B) organização social;
C) serviço social autônomo;
D) agência executiva;
E) organização da sociedade civil de interesse público.

30. (OAB/SP – Vunesp) Integra a Administração Indireta Federal, como autarquia, e tem competência para analisar e julgar, sob o prisma da concentração econômica, processos de fusão entre empresas de telecomunicações:

A) Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae).
B) Anatel.

C) Secretaria de Direito Econômico (SDE).
D) Cade.

31. (Analista Judiciário – TRT/PB – FCC) É considerada diferença, dentre outras, entre a sociedade de economia mista e a empresa pública,
A) a sua forma de organização.
B) a criação e extinção por lei.
C) a sua sujeição ao controle estatal.
D) o desempenho de atividade econômica.
E) sua personalidade jurídica.

32. (Magistratura/SP) O detentor dos poderes da Administração é o Estado, pessoa única, embora constituída dos vários órgãos que integram sua estrutura. Despersonalizados, esses órgãos não agem em nome próprio, mas no do Estado, de que são instrumentos indispensáveis ao exercício de suas funções e atividades típicas. Muitas vezes, o Estado se vê obrigado a adotar estratégias de funcionamento com vistas à maior eficiência da administração. Dentre elas, destacam-se a outorga de serviço ou atividade a pessoa distinta, mas investida dos necessários poderes de administração, a repartição de funções entre os vários órgãos despersonalizados, sem quebra de hierarquia, a transferência da execução de serviço ou de competência e a entrega dessas atribuições sem necessidade de lei específica. As afirmativas desta última frase referem-se, respectivamente, a
A) delegação, outorga, desconcentração e descentralização;
B) descentralização, desconcentração, delegação e execução indireta;
C) coordenação, descentralização, delegação e desconcentração;
D) execução indireta, desconcentração, descentralização e delegação.

4

ATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 FUNÇÃO DOGMÁTICA DA TEORIA DO ATO ADMINISTRATIVO

O **ato administrativo** cumpre um importante papel de **controle sobre as atividades da Administração Pública**.

Sob a égide do Estado de Polícia, antes da submissão dos governantes à lei, o soberano realizava concretamente sua vontade sem qualquer mecanismo de limitação ou fiscalização. Da intenção passava à ação sem estágios intermediários. No século XVIII, com o advento da Revolução Francesa, a lei, até então uma simples exteriorização da vontade do monarca, ganhou o *status* de expressão da vontade popular, condicionando o desempenho das atividades administrativas ao seu cumprimento. De fonte originária da norma, a Administração passou a ocupar-se da sua execução concreta, realizando na prática a vontade popular consagrada nas determinações emanadas do Parlamento. **Antes de agir concretamente** na aplicação da lei, o Poder Público passou a ser obrigado a **expedir uma declaração de vontade** anunciando a decisão adotada, como requisito legitimador da sua futura atuação. Essa declaração de vontade **é o ato administrativo**.

Estado de Polícia

Vontade da Administração ⟶ Ação concreta

Estado de Direito

Vontade da Administração ⟶ Ato administrativo ⟶ Ação concreta

Desse modo, a Administração Pública não pode iniciar qualquer atuação material sem a prévia expedição do ato administrativo que lhe sirva de fundamento.[1] Segundo **Michel Stassinopoulos**,[2] o ato administrativo é a fonte e o limite material da atuação da Administração.[3]

---

1 Art. 7º da Lei Paulista do Processo Administrativo (Lei n. 10.177/98).

2 Michel Stassinopoulos (pronuncia-se "michél istassinópolos") (Grécia, 1903-2002): esse autor grego, de nome difícil, é simplesmente a maior autoridade mundial em teoria do ato administrativo.

4.2 ATOS ADMINISTRATIVOS E DEMAIS ATOS JURÍDICOS

Segundo Renato Alessi, há duas **formas de compreender a atuação da Administração Pública:** a) **cinematograficamente**: por meio do estudo das atividades jurídicas dinâmicas, isto é, vistas como quem assiste a um filme; b) **fotograficamente**: analisando o fenômeno jurídico a partir de instantes estáticos capturados como fotografias. Cada ato jurídico é um momento específico no desenvolvimento das atividades reguladas pelo Direito.

São dois enfoques distintos que se complementam. Exemplificamos com institutos do Direito Administrativo. O estudo da função administrativa e do serviço público revela uma compreensão do ramo visto na perspectiva dinâmica do agir administrativo; enquanto a teoria do ato administrativo favorece uma análise estática de manifestações pontuais da Administração Pública.

Todos os ramos jurídicos utilizam esse duplo caminho para aproximarem-se de seus objetos específicos. Em outras palavras, existe um ato jurídico típico para cada ramificação do Direito. Em comum, as diversas categorias de atos jurídicos têm o poder de **produzir efeitos jurídicos**, ou seja, criar, preservar, modificar ou extinguir direitos e deveres.

Ramo do Direito	Ato jurídico típico
Processual Civil	Ato do processo
Tributário	Fato imponível
Penal	Crime
Constitucional	Lei
Trabalhista	Contrato de trabalho
Empresarial	Ato de comércio
Civil	Negócio jurídico
Internacional Público etc.	Tratado etc.

Ato administrativo é o **ato jurídico** típico do Direito Administrativo, **diferenciando-se** das demais categorias de atos por seu **peculiar regime jurídico**. No universo dos atos jurídicos, a identidade própria do ato administrativo decorre dos seus **atributos normativos específicos** conferidos pela lei, tais como: presunção de legitimidade, exigibilidade, imperatividade e autoexecutoriedade. Os **efeitos jurídicos** decorrentes do ato administrativo consistem na criação, preservação,

---

Foi Professor da Faculdade de Direito de Atenas, membro do Conselho de Estado Grego, chegou ao posto de Presidente da República em 1974 e concorreu ao Prêmio Nobel da Paz. Tem importantes trabalhos sobre direito administrativo traduzidos para diversos idiomas. Sugestão de leitura: sua obra clássica e referência mundial – *Traité des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athénes, n. 82.

3 *Traité des actes administratifs*, p. 24.

modificação ou extinção de **direitos e deveres** para a **Administração Pública** e/**ou** para o **administrado**.

Identificando um conceito implícito de ato administrativo na Constituição Federal, a FCC considerou CORRETA a afirmação: "A conceituação de ato administrativo em face do Estado Democrático de Direito, obtida a partir do conjunto principiológico constante na Constituição Federal, corresponde à norma concreta, emanada do Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre o Estado e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário".

4.3 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

A legislação brasileira **não conceitua** ato administrativo. Por isso, os doutrinadores apresentam diferentes definições.

Celso Antônio **Bandeira de Mello**: "**declaração do Estado**, ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante **providências jurídicas complementares da lei** a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgãos jurisdicionais".[4]

Hely Lopes Meirelles: "toda **manifestação unilateral de vontade** da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato **adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir** e **declarar** direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria".[5]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "declaração do Estado ou de quem o represente, que produz **efeitos jurídicos** imediatos, com **observância da lei**, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário".[6]

José dos Santos **Carvalho Filho**: "a **exteriorização da vontade** dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nesse condição, que, **sob regime de direito público**, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse **público**".[7]

Na prova da Controladoria Geral da União, a Esaf considerou CORRETA a afirmação (adaptada): "No conceito de ato administrativo, arrolado pelos juristas pátrios, são assinaladas diversas características, entre elas: 1) provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais; 2) é exercido no uso de prerrogativas públicas, sob regência do direito público; 3) trata-se de declaração jurídica unilateral, mediante manifestação que produz efeitos de direito; 4) sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional, por não apresentar caráter de definitividade".

4.4 NOSSO CONCEITO

Aproveitando os elementos mais importantes dos conceitos acima apresentados, podemos definir ato administrativo como **toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, com caráter infralegal, consistente na emissão de comandos complementares à lei, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos**.

O conceito pode ser dividido em quatro partes, para facilitar sua integral compreensão:

---

4 *Curso de direito administrativo*, p. 16.

5 *Direito administrativo brasileiro*, p. 145.

6 *Direito administrativo*, p. 196.

7 *Manual de direito administrativo*, p. 95.

a) toda manifestação expedida no exercício da função administrativa: o ato administrativo nem sempre constitui declaração "de vontade", pois são comuns os casos de máquinas programadas para expedir ordens em nome da Administração. Os comandos de trânsito emitidos por um semáforo, por exemplo, são verdadeiros atos administrativos que não decorrem de qualquer manifestação imediata de vontade. Outro aspecto importante do conceito consiste na referência ao ato administrativo como aquele praticado no exercício da função administrativa. Destaca-se, com isso, a possibilidade de tais atos serem expedidos por qualquer pessoa encarregada de executar tarefas da Administração, ainda que não esteja ligada à estrutura do Poder Executivo. **Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público** e **particulares delegatários** de função administrativa, como **concessionários** e permissionários, também **podem praticar atos administrativos**;

A prova de Técnico Judiciário do TRT/GO considerou CORRETA a afirmação: "É considerado ato administrativo aquele praticado por entidade de direito privado no exercício de função delegada do Poder Público e em razão dela".

b) com caráter infralegal: a característica jurídica mais notável do ato administrativo é a sua necessária subordinação aos dispositivos legais. Como a lei representa, na lógica do Estado de Direito, manifestação legítima da vontade do povo, a submissão da Administração Pública à lei reafirma a sujeição dos órgãos e agentes públicos à soberania popular. Ao ato administrativo é reservado o papel secundário de realizar a aplicação da lei no caso concreto;

c) consistente na emissão de comandos complementares à lei: de acordo com a célebre fórmula de Michel Stassinopoulos, além de **a Administração** não poder atuar *contra legem* (contrariando a lei) ou *praeter legem* (fora da lei), **deve agir *secundum legem*** (conforme a lei).[8] Isso significa que o ato administrativo só pode tratar de matéria previamente disciplinada em lei, estabelecendo desdobramentos capazes de prover sua fiel execução. Não pode haver decreto disciplinando matéria nova, tampouco inovando em temas já legislados;

d) com finalidade de produzir efeitos jurídicos: como qualquer ato jurídico, o ato administrativo é praticado para adquirir, resguardar, modificar, extinguir e declarar direitos. A diferença é que tais efeitos estão latentes na lei, cabendo ao ato administrativo o papel de desbloquear a eficácia legal em relação a determinada pessoa, ao contrário de outras categorias de atos jurídicos, que não desencadeiam, mas criam, por força própria, as consequências jurídicas decorrentes de sua prática.

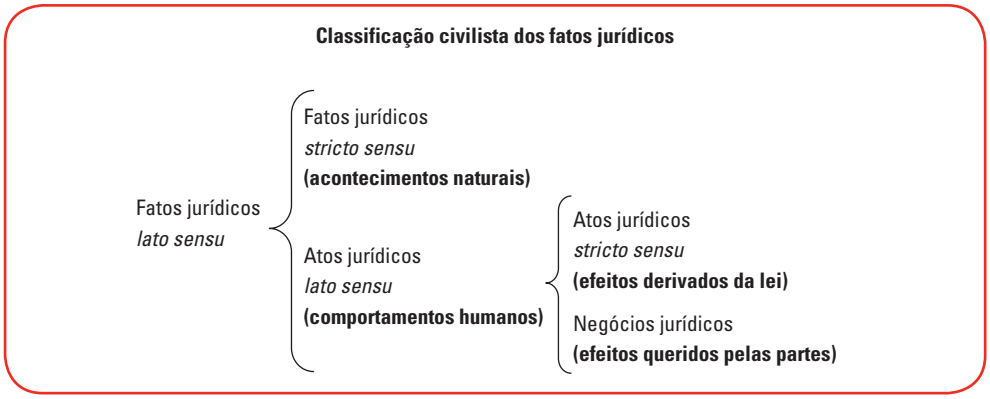
4.5 FATO ADMINISTRATIVO

A doutrina diferencia ato administrativo de fato administrativo. A **origem** da distinção é o **Direito Civil**, berço da teoria dos atos jurídicos.

Segundo os civilistas, fato jurídico em sentido amplo é qualquer acontecimento da vida relevante para o Direito, como a morte, por exemplo. O gênero fatos

[8] *Traité des actes administratifs*, p. 69.

jurídicos é dividido em fatos naturais (fatos jurídicos em sentido estrito) e fatos humanos (atos jurídicos em sentido amplo), sendo estes acontecimentos voluntários decorrentes do querer individual. Os atos jurídicos em sentido amplo, por sua vez, dividem-se em atos jurídicos em sentido estrito, quando seus efeitos são determinados pela lei, e negócios jurídicos (manifestações de vontade capazes de produzir efeitos jurídicos queridos pelas partes).



Especialmente importante para o Direito Administrativo é a diferença entre fatos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos *lato sensu* baseada **no critério da voluntariedade**. Os fatos jurídicos são acontecimentos da natureza sem qualquer relação com a vontade humana, ao passo que os atos jurídicos são comportamentos humanos voluntários. As primeiras tentativas de compreensão do fenômeno dos atos administrativos utilizaram a distinção civilista entre ato e fato como ponto de partida.

A prova da Magistratura/BA feita pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Fatos jurídicos, mesmo que independam da vontade e de qualquer participação dos agentes públicos, podem ser relevantes para o Direito Administrativo".

Atualmente, os doutrinadores utilizam **variados critérios** para diferenciar atos e fatos administrativos. Em linhas gerais, podem ser identificadas **quatro concepções principais:**

1) corrente clássico-voluntarista: baseada na tradicional diferenciação do Direito Civil, os adeptos dessa corrente utilizam o **critério da voluntariedade** para concluir que o **ato administrativo** é um comportamento humano **voluntário** produtor de efeitos na seara administrativa, enquanto o fato administrativo é um **acontecimento da natureza** relevante para o Direito Administrativo, como a **prescrição** administrativa e a **morte de servidor** público. É a posição defendida por **Maria Sylvia** Zanella Di Pietro;[9]

2) corrente antivoluntarista: rejeitando a utilização tradicional do critério da voluntariedade, Celso Antônio **Bandeira de Mello** sustenta que o **ato adminis-**

[9] *Direito administrativo*, p. 190.

trativo é **enunciado prescritivo**, declaração jurídica voltada a disciplinar como coisas e situações "devem ser", ao passo que o **fato administrativo não possui caráter prescritivo**, sendo simplesmente um acontecimento a que a lei atribui consequências jurídicas. O autor indica três importantes consequências decorrentes da distinção entre ato e fato administrativo: "(a) **atos administrativos** podem ser **anulados e revogados**, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos **gozam de presunção de legitimidade**; fatos administrativos não; (c) **o tema da vontade interessa** nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) discricionários, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo";[10]

3) corrente materialista: adotada em **alguns concursos**, a terceira concepção considera que o **ato administrativo** é uma **manifestação volitiva da Administração**, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando produzir algum efeito jurídico, enquanto o **fato administrativo** é toda **atividade pública material** em cumprimento de uma decisão administrativa. Como se nota, os adeptos dessa corrente, ao definir fato administrativo, abandonam integralmente a noção privada de fato jurídico considerado como acontecimento da natureza, dotado de efeitos jurídicos. Nessa esteira, preleciona **Hely Lopes** Meirelles, maior expoente dessa corrente: "O ato administrativo não se confunde com o fato administrativo, se bem estejam intimamente relacionados, por ser este consequência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo, que o determina".[11] Como exemplos de fato administrativo, o autor menciona a construção de uma ponte e a instalação de um serviço público.

O fundamento teórico da corrente materialista é a concepção clássica de decisão executória adotada por Michel Stassinopoulos. A expedição do ato administrativo consistiria em requisito necessário para a Administração realizar uma ação concreta (decisão executória). **A ação concreta destinada a executar o ato administrativo é o fato administrativo**.

Diogenes Gasparini, defensor dessa mesma conceituação, afirma que os fatos administrativos traduzem **mero trabalho** ou **operação técnica** dos agentes públicos, não expressando uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da

[10] *Curso de direito administrativo*, p. 370-371 (original sem destaques).

[11] *Direito administrativo brasileiro*, p. 146.

Administração Pública sobre dada situação.[12] E menciona como exemplos: **cirurgia em hospital público, varrição de rua** e **aula ministrada** em escola municipal;

4) corrente dinamicista (majoritária nos concursos): defendendo ponto de vista próximo ao da corrente anterior, José dos Santos **Carvalho Filho** conceitua fato administrativo como toda "**atividade material** no exercício da função administrativa, que visa a **efeitos de ordem prática** para a Administração",[13] ou seja, tudo aquilo que retrata **alteração dinâmica** na Administração ou **movimento na ação administrativa**.

O **fato administrativo** pode ser um evento da natureza (fato administrativo **natural**) ou um comportamento voluntário (fato administrativo **voluntário**).

O autor sustenta, ao contrário de Hely Lopes Meirelles, que os **fatos administrativos** nem sempre têm como fundamento atos administrativos. Os fatos administrativos podem ser **decorrentes** de **atos administrativos**, mas nada impede que derivem também de **condutas administrativas** não formalizadas em atos administrativos. Exemplo: a mudança de prédio é fato administrativo que não depende, necessariamente, da expedição de ato administrativo prévio.

Em síntese, os **fatos administrativos** podem ser **voluntários** ou **naturais**. Os voluntários derivam de atos administrativos ou de condutas administrativas. Já os fatos administrativos naturais têm origem em fenômenos da natureza.

Quadro sinóptico

- Fatos administrativos
  - Naturais
    Exemplo: raio que destrói bem público
  - Voluntários
    - Derivados de atos administrativos
      Exemplo: apreensão de mercadoria
    - Derivados de condutas administrativas
      Exemplo: mudança de local de repartição pública

DICA: Da teoria de José dos Santos Carvalho Filho, guarde a noção de fato administrativo como **evento dinâmico da Administração** e os diversos **exemplos** apresentados pelo autor:

a) **apreensão de mercadorias**;

b) **dispersão de manifestantes**;

c) **alteração de local de repartição pública** (mudança de endereço);

d) **raio que destrói bem público**;

e) **enchente que inutiliza equipamentos** pertencentes ao serviço público;

12 *Direito administrativo*, p. 58.

13 *Manual de direito administrativo*, p. 91.

f) **desapropriação** de bens privados;

g) **requisição** de bens e serviços.[14]

4.6 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

A Administração Pública, no exercício de suas diversificadas tarefas, pratica algumas modalidades de atos jurídicos que não se enquadram no conceito de atos administrativos. Nem todo ato da Administração é **ato administrativo**.

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP considerou INCORRETA a afirmação: "Qualquer manifestação de vontade ou declaração da Administração configura ato administrativo".

Há dois entendimentos doutrinários distintos sobre o conceito de atos da Administração:

a) corrente minoritária: defendida por **Maria Sylvia** Zanella Di Pietro, considera que os atos da Administração são **todos os atos jurídicos** praticados pela Administração Pública, **incluindo os atos administrativos**;

b) corrente majoritária: adotada por Celso Antônio **Bandeira de Mello**, Diogenes **Gasparini**, José dos Santos **Carvalho Filho** e por **todos os concursos públicos**, essa segunda concepção considera que atos da Administração são **atos jurídicos** praticados pela Administração Pública **que não se enquadram no conceito de atos administrativos**, como os atos legislativos expedidos no exercício de função atípica, os **atos políticos** definidos na Constituição Federal, os atos regidos pelo direito privado e os atos meramente materiais.

A prova da Magistratura/SP 2007 considerou ERRADA a afirmação: "É suficiente a alegação de que se trata de ato político para tolher o controle judicial, pois é vedado ao Poder Judiciário adentrar no exame do mérito do ato administrativo".

Sabendo que existem atos administrativos praticados fora dos domínios da Administração Pública, como ocorre com aqueles expedidos por **concessionários** e permissionários, é possível concluir: **nem todo ato jurídico praticado pela Administração é ato administrativo; nem todo ato administrativo é praticado pela Administração**.

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP considerou INCORRETA a afirmação: "É correto afirmar que o ato praticado por concessionário de serviço público, mesmo no exercício de prerrogativas públicas, não caracteriza ato administrativo".

A prova da OAB Nacional/2007.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Existem atos praticados pelos administradores públicos que não se enquadram como atos administrativos típicos, como é o caso dos contratos disciplinados pelo direito privado".

Resta analisar cada uma das espécies de atos da Administração:

---

[14] Parece-nos incorreto tratar da desapropriação e da requisição como fatos administrativos. A desapropriação é um procedimento administrativo e a requisição é ato administrativo. O autor adota abertamente o conceito de fato administrativo defendido por José Cretella Júnior. Entretanto, Cretella não afirma que a desapropriação é fato administrativo, mas que a penetração material no imóvel derivada da desapropriação é fato administrativo (José Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo,* 17. ed., p. 188). Talvez Carvalho Filho esteja partindo da distinção entre o procedimento jurídico-expropriatório (procedimento administrativo) e o ingresso material do bem no domínio público (fato administrativo); entre o ato que autoriza a requisição (ato administrativo) e a materialização concreta da requisição (fato administrativo).

a) atos políticos ou de governo: não se caracterizam como atos administrativos porque são praticados pela Administração Pública com **ampla margem de discricionariedade** e têm **competência** extraída diretamente da **Constituição Federal**.

Exemplos: declaração de guerra, decreto de intervenção federal, indulto, medida provisória, veto a projeto de lei e **indulto**;

A prova da Magistratura/SP 2007 considerou ERRADAS as duas seguintes afirmações: "(1) não é ato político o do Tribunal que seleciona, na lista sêxtupla encaminhada pelo órgão de representação de classe, os integrantes da lista tríplice para compor o quinto constitucional; (2) não é ato político o do Chefe do Executivo ao conceder indulto e, portanto, inclui-se na categoria dos atos administrativos insuscetíveis de apreciação judicial".

b) atos meramente materiais: consistem na **prestação concreta de serviços**, faltando-lhes o caráter prescritivo próprio dos atos administrativos. Exemplos: poda de árvore, varrição de rua e cirurgia em hospital público;

▶ IMPORTANTE: Por não envolverem a emissão de ordens, os pareceres são considerados atos da Administração, mas não atos **administrativos**.

c) atos legislativos e jurisdicionais: são praticados excepcionalmente pela Administração Pública no exercício de função atípica. Exemplo: **medida provisória**;

A prova da OAB/MG considerou CORRETA a afirmação: "Não constitui ato administrativo a medida provisória, editada pelo Presidente da República, fixando índice de reajuste de benefício de aposentaria e de pensão".

d) atos regidos pelo direito privado ou atos de gestão: constituem casos raros em que a Administração Pública ingressa em relação jurídica submetida ao direito privado ocupando **posição de igualdade perante o particular**, isto é, destituído do **poder de império**. Exemplo: locação imobiliária e contrato de compra e **venda**;

A prova de Técnico Judiciário do TRT/PB elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Os atos administrativos de gestão são os que a Administração Pública pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários".

A prova de Analista Administrativo do TRT/MS elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "Ao praticar atos de gestão, a Administração utiliza sua supremacia sobre os destinatários".

e) contratos administrativos: são vinculações jurídicas bilaterais, distinguindo-se dos atos administrativos que são normalmente prescrições unilaterais da Administração. Exemplos de contratos administrativos: concessão de serviço público e parceria **público-privada**.

A prova de Delegado/SP/2008 considerou CORRETA a afirmação: "As atividades de cunho político que visam a acontecimento futuro e às atividades operacionais ou executórias compreendem, respectivamente, atos governamentais e atos de administração".

4.7 SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A doutrina discute se o silêncio da Administração Pública pode desencadear alguma consequência jurídica. Em regra, a inércia administrativa não tem importância para o **Direito**. Pode ocorrer, porém, de a lei atri-

A prova de Cartório/SE/2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O silêncio administrativo não significa ocorrência do ato administrativo ante a ausência da manifestação formal de vontade, quando não há lei dispondo acerca das consequências jurídicas da omissão da administração".

buir-lhe algum significado específico, ligando efeitos jurídicos à omissão da Administração.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "a omissão da Administração **pode representar aprovação ou rejeição** da pretensão do administrado, tudo **dependendo do que dispuser a norma** competente".[15]

Há situações em que a vontade da Administração Pública se expressa sem a necessidade da emissão de ato administrativo.

Se a lei estabelecer que o decurso de prazo sem manifestação da Administração implica aprovação da pretensão, o silêncio administrativo adquire o significado de aceitação tácita. Nessa hipótese, é desnecessária apresentação de motivação.

Em outros casos, a legislação pode determinar que a falta de manifestação no prazo estabelecido importa rejeição tácita do requerimento formulado. Nesse caso, a Administração pode ser instada, inclusive judicialmente, a apresentar os motivos que conduziram à rejeição da pretensão do administrado. Assim:

Silêncio representando aprovação	→	Decurso do prazo sem manifestação	→	Aprovação (não precisa motivar)
Silêncio representando rejeição	→	Decurso do prazo sem manifestação	→	Rejeição (pode-se exigir motivação)

É certo que **silêncio não é ato administrativo** por ausência de exteriorização de comando prescritivo. Trata-se de simples **fato administrativo** porque o silêncio nada ordena.

Diferente é a situação quando a lei não atribuir significado ao silêncio administrativo. O art. 48 da Lei n. 9.784/99 determina que **a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão** sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Em princípio, deve-se considerar que, enquanto pendente de decisão administrativa, a pretensão do particular permanece indeferida.

Se a **lei estabelecer prazo** para resposta, o silêncio administrativo, após transcurso do lapso temporal, caracteriza **abuso de poder**, ensejando a impetração de mandado de segurança, *habeas data*, medida cautelar, mandado de injunção ou ação ordinária, com fundamento na ilegalidade da omissão. Entretanto, **não havendo prazo legal** para resposta, admite-se também o uso das referidas medidas judiciais com base no dever de observância de **duração razoável do processo administrativo** (art. 5º, LXXVIII, da CF). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, na ausência de norma específica, deve-se considerar que a Administração tem o **prazo de trinta dias** para decidir, prorrogáveis motivadamente por igual período.[16]

---

15 *Direito administrativo brasileiro*, p. 110.

16 *Curso de direito administrativo*, p. 410.

Bastante controvertida é a questão da **natureza da decisão judicial** nas ações propostas contra o silêncio administrativo:

a) concepção clássica mandamental: o juiz ordena ao administrador que decida, sob pena de multa e outras consequências penais resultantes da desobediência à ordem judicial. Cabe também a propositura de posterior ação indenizatória para reparação de eventual dano decorrente da omissão administrativa ilegal. É a posição sustentada por José dos Santos **Carvalho Filho**;

b) concepção moderna constitutiva: no caso de o requerimento versar sobre a prática de ato vinculado, o juiz, se estiver convencido da procedência da pretensão, pode substituir a vontade da Administração acatando o pedido do administrado (natureza constitutiva ou condenatória para cumprimento de obrigação de fazer). Porém, se a decisão administrativa faltante tiver caráter discricionário, é vedado ao juiz, sob pena de invadir a independência do Poder Executivo, ingressar na análise do mérito administrativo, cabendo-lhe somente ordenar que a Administração decida (natureza mandamental). É a posição defendida por Celso Antônio **Bandeira de Mello**.

Nada impede que o particular, prejudicado pelo silêncio, antes de recorrer ao Poder Judiciário, exerça seu **direito de petição**, reclamando administrativamente a decisão ausente (art. 5º, XXXIV, da CF).

Por fim, se a omissão administrativa contrariar enunciado de **súmula vinculante**, admite-se a propositura de **reclamação constitucional** perante o Supremo Tribunal Federal (art. 7º da Lei n. 11.417/2006).

4.8 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos são revestidos de **propriedades jurídicas especiais** decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado. Nessas características, reside o traço distintivo fundamental entre os atos administrativos e as demais categorias de atos jurídicos, especialmente os **atos privados**. A doutrina mais moderna faz referência a **cinco atributos**: a) presunção de legitimidade; b) imperatividade; c) exigibilidade; d) autoexecutoriedade; e) tipicidade.

A prova de Analista Judiciário do TRT/Campinas considerou CORRETA a afirmação: "A imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado".

4.8.1 Presunção de legitimidade

O atributo da presunção de legitimidade, também conhecido como **presunção de legalidade** ou **presunção de veracidade**, significa que o ato administrativo, até prova em contrário, é considerado válido para o **Direito**.

A prova de Analista Judiciário do TRT/Goiás considerou CORRETA a afirmação: "A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução do ato administrativo, mesmo que eivado de vícios ou defeitos".

Trata-se de uma derivação da supremacia do interesse público, razão pela qual sua existência independe de previsão legal específica.

Conforme o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há **cinco fundamentos** para justificar a presunção de legitimidade:[17] a) **o procedimento e as formalidades que antecedem sua edição**, constituindo garantia de observância da lei; b) o fato de **expressar a soberania do poder estatal**, de modo que a autoridade que expede o ato o faz com consentimento de todos; c) a necessidade de assegurar **celeridade no cumprimento das decisões** administrativas; d) os **mecanismos de controle** sobre a legalidade do ato; e) a sujeição da Administração ao **princípio da legalidade**, presumindo-se que seus atos foram praticados em conformidade com a lei.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/SP considerou INCORRETA a afirmação: "A presunção de legitimidade depende de previsão legal".

A prova de Analista Judiciário do TRT/Campinas considerou CORRETA a afirmação: "A presunção de legitimidade é qualidade inerente a todo o ato da Administração Pública".

A presunção de legitimidade é um **atributo universal** aplicável a **todos os atos** administrativos e atos da **Administração**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/MT elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Presunção de legitimidade e presunção de veracidade dos atos administrativos não possuem caráter absoluto".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/SP considerou CORRETA a afirmação: "Presunção de legitimidade não impede o questionamento do ato administrativo perante o Poder Judiciário".

Importante destacar que se trata de uma **presunção relativa** (*juris tantum*), podendo ser afastada diante de prova inequívoca da ilegalidade do ato. Por óbvio, o ônus de provar o eventual defeito incumbe a quem alega, isto é, **cabe ao particular provar** a existência do vício que macula o ato administrativo. Daí afirmar-se que a presunção de legitimidade **inverte o ônus da prova**, não cabendo ao agente público demonstrar que o ato por ele praticado é válido, e sim ao particular incumbe a **prova da ilegalidade**.

A prova de Contador/Recife elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A inversão do ônus da prova, característica do Direito Administrativo, relaciona-se ao atributo da presunção de legitimidade".

A prova da Magistratura/BA/2006 feita pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A rigor, os atributos da presunção de validade (ou legitimidade) e da presunção de veracidade dos atos administrativos não significam exatamente a mesma coisa. A primeira indica a conformidade do ato com o ordenamento jurídico, ao passo que a segunda representa a adequação do ato à realidade dos fatos. A depender das circunstâncias, o segundo atributo pode subsistir, mas ser afastado o primeiro, por defeitos do ato administrativo".

Há quem diferencie presunção de legitimidade (ou de legalidade) e presunção de **veracidade**. A **presunção de legitimidade** diria respeito à **validade do ato em si**, enquanto a **presunção de veracidade** consagraria a **verdade dos fatos** motivadores do ato. Tomando como exemplo a multa de trânsito. A validade jurídica da multa em si decorre da presunção de legitimidade. Entretanto, ao expedir a multa, o agente competente declara ter constatado a ocorrência de uma infração (fato) motivadora da prática do ato. A verdade dessa constatação é reforçada pela presunção de veracidade.

[17] *Direito administrativo*, p. 198.

Como consequência dessa diferenciação, a inversão do ônus da prova somente seria aplicável à presunção de veracidade na medida em que no direito brasileiro só se produz prova sobre fatos (art. 332 do CPC) e a presunção de legitimidade não diz respeito aos fatos, mas à validade do próprio ato administrativo. Nesse sentido, a presunção de veracidade equivale à popular "**fé pública**" dos atos e documentos da **Administração**.

A prova de Analista Administrativo do TRT/AM elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A certidão negativa de tributos imobiliários expedida pela Prefeitura Municipal de Manaus é portadora de fé pública, em decorrência do atributo da presunção de legitimidade".

Por fim, da presunção de **veracidade decorrem dois efeitos principais**: a) enquanto não decretada a invalidade, o ato produzirá os mesmos efeitos decorrentes dos atos válidos; b) o Judiciário não pode apreciar de ofício a nulidade do ato administrativo.[18]

4.8.1.1 Presunções de validade, legalidade, veracidade, legitimidade e licitude

Embora a doutrina majoritária não aprofunde o tema além dos aspectos abordados no item anterior, Diogo de Figueiredo Moreira Neto diferencia **cinco presunções** existentes no contexto dos atos administrativos:[19]

a) presunção de validade: considerada pelo autor um verdadeiro princípio do Direito Administrativo, a presunção de validade apontaria para o pressuposto de que, até prova em contrário, **todos os atos** da Administração **são considerados válidos** perante o direito;

b) presunção de legalidade: é a presunção de **conformidade** do ato **com a lei**;

c) presunção de veracidade ou de realidade: é a presunção de verdade dos motivos apontados como **fundamentos fáticos** para prática do ato;

d) presunção de legitimidade: diz respeito à **conformidade** do ato **com a vontade da sociedade** ou com os consensos políticos inseridos na competência discricionária;

e) presunção de licitude: é a presunção de conformidade do ato com os **valores morais** tutelados pela ordem jurídica.

4.8.2 Imperatividade ou coercibilidade

Misturando coercibilidade com autoexecutoriedade, a prova de Analista Administrativo do TRT/PR elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Pelo atributo da coercibilidade, o poder de polícia tem execução imediata, sem dependência de ordem judicial".

A prova de Analista Judiciário do TRT/Goiás considerou CORRETA a afirmação: "A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução do ato administrativo, mesmo que eivado de vícios ou defeitos".

O atributo da imperatividade significa que o ato administrativo pode **criar unilateralmente obrigações aos particulares**, independentemente da anuência **destes**. É uma capacidade de vincular terceiros a deveres

---

18 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo,* p. 198-199.

19 *Curso de direito administrativo,* p. 97.

jurídicos derivada do chamado **poder extroverso**. Ao contrário dos particulares, que só possuem poder de auto-obrigação (introverso), a Administração Pública pode criar deveres para si e também para **terceiros**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/SP considerou CORRETA a afirmação: "A imperatividade implica que a imposição do ato independe da anuência do administrado".

Ao contrário da presunção de legitimidade, a imperatividade é atributo da **maioria dos atos administrativos**, não estando presente nos atos enunciativos, como certidões e atestados, nem nos atos negociais, como permissões e autorizações.

4.8.3 Exigibilidade

A exigibilidade, conhecida entre os franceses como ***privilège du préalable***, consiste no atributo que permite à Administração **aplicar punições** aos particulares por violação da ordem jurídica, **sem necessidade de ordem judicial**. A exigibilidade, portanto, resume-se ao poder de aplicar **sanções administrativas**, como multas, advertências e interdição de estabelecimentos comerciais.

Assim como a imperatividade, a exigibilidade é **atributo presente na maioria dos atos administrativos**, mas ausente nos atos enunciativos.

4.8.4 Autoexecutoriedade

Denominada em alguns concursos equivocamente de **executoriedade**, a autoexecutoriedade permite que a Administração Pública realize a **execução material** dos atos administrativos ou de dispositivos legais, **usando a força física** se preciso for para **desconstituir situação violadora da ordem jurídica**. No Direito Administrativo francês, é denominada ***privilége d'action d'office***.

A prova de Analista Judiciário do TRT/AM elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial, decorre do atributo da autoexecutoriedade".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/MT elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "Devido ao atributo da autoexecutoriedade, a Administração Pública pode condicionar a prática de algum ato administrativo ao pagamento de multa".

Trata-se de uma verdadeira "*auto*executoriedade" porque é realizada **dispensando autorização judicial**.

São exemplos de autoexecutoriedade:

a) **guinchamento de carro** parado em local proibido;

b) **fechamento de restaurante** pela vigilância sanitária;

c) **apreensão de mercadorias contrabandeadas**;

A prova de Analista Judiciário do TRT/PB considerou CORRETA a afirmação: "A Administração Pública, usando meios de coação, apreende mercadorias irregulares ou interdita uma indústria poluidora. Tal situação refere-se à autoexecutoriedade".

d) **dispersão de passeata** imoral;

e) **demolição de construção** irregular em área de manancial;

f) **requisição de escada** particular para combater incêndio;

g) **interdição de estabelecimento** comercial irregular;

h) **destruição de alimentos** deteriorados expostos para venda;

i) **confisco de medicamentos** necessários para a população, em situação de calamidade pública.

A autoexecutoriedade difere da **exigibilidade** à medida que esta aplica uma punição ao particular (exemplo: multa de trânsito), mas não desconstitui materialmente a irregularidade (o carro continua parado no local proibido), representando uma **coerção indireta**. Enquanto a **autoexecutoriedade**, além de punir, desfaz concretamente a situação ilegal, constituindo mecanismo de **coerção direta**.

Comparação

Exigibilidade	≠	**Autoexecutoriedade**
Privilège du préalable		*Privilège d'action d'office*
Aplicação de sanções administrativas		Execução material do ato administrativo
Exemplo: multa de trânsito		Exemplo: guinchamento do carro
Dispensa ordem judicial		Dispensa ordem judicial
Coerção indireta		Coerção direta
Pune, mas não desfaz a ilegalidade		Pune e desconstitui a situação ilegal
Não permite uso da força física		Permite uso da força física

A autoexecutoriedade é atributo de somente **alguns tipos de atos administrativos**. Na verdade, apenas **duas categorias** de atos administrativos são autoexecutáveis:

A prova da OAB/SP elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Sobre os atos administrativos, é incorreto afirmar que sempre possuem, independentemente de previsão legal expressa, autoexecutoriedade".

a) aqueles com tal **atributo conferido por lei**. É caso do fechamento de restaurante pela vigilância sanitária;

b) os atos praticados em **situações emergenciais** cuja execução imediata é indispensável para a preservação do interesse público. Exemplo: dispersão pela polícia de manifestação que se converte em onda de vandalismo.

A possibilidade de utilização da força física, inerente à autoexecutoriedade, reforça a necessidade de identificação de **mecanismos de controle** judicial ***a posteriori*** sobre a execução material de atos administrativos. Merecem destaque, nesse sentido, os princípios da **razoabilidade** e **proporcionalidade**, que exigem

bom senso e moderação na aplicação da autoexecutoriedade. É possível também a concessão de **liminar** em mandado de segurança para suspender as medidas concretas tendentes à execução material do ato administrativo, na hipótese de revelar-se ilegal ou abusiva a ação da Administração Pública.

4.8.5 Tipicidade

Por fim, alguns autores acrescentam a tipicidade no rol dos atributos do ato administrativo. A tipicidade diz respeito à necessidade de **respeitar-se a finalidade específica** definida na lei para cada espécie de ato administrativo. **Dependendo da finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei.**[20]

Válida para **todos os atos administrativos unilaterais**, a tipicidade proíbe, por exemplo, que a regulamentação de dispositivo legal seja promovida utilizando-se uma portaria, já que tal tarefa cabe legalmente a outra categoria de ato administrativo, o decreto.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "esse atributo representa uma **garantia para o administrado**, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida".[21]

Trata-se, portanto, de uma **derivação do princípio da legalidade**, impedindo a Administração Pública de praticar atos atípicos ou inominados.

Quadro comparativo dos atributos do ato administrativo

Atributo	Síntese	Abrangência	Dica especial
Presunção de legitimidade	O ato é válido até prova em contrário	Todos os atos administrativos + atos da Administração	Presunção relativa que inverte o ônus da prova
Imperatividade	O ato cria unilateralmente obrigações ao particular	Maioria dos atos administrativos	Deriva do poder extroverso
Exigibilidade	Aplicação de sanções administrativas	Maioria dos atos administrativos	Pune, mas não desfaz a ilegalidade
Autoexecutoriedade	Execução material que desconstitui a ilegalidade	Alguns atos administrativos	Só quando a lei prevê ou em situações emergenciais
Tipicidade	Respeito às finalidades específicas	Todos os atos administrativos	Proíbe atos atípicos ou inominados

[20] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 201.

[21] *Direito administrativo*, p. 201-202.

4.8.6 Outros atributos

Além das cinco características anteriormente apresentadas, Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica **outros cinco atributos** do ato administrativo:[22]

a) existência: consiste no preenchimento de todos os elementos componentes do ato administrativo, a saber: competência, objeto, forma, motivo e finalidade;

b) eficácia: segundo o autor, é o atributo segundo o qual o ato administrativo válido presume-se apto a produzir seus regulares efeitos;

c) exequibilidade: distinta da eficácia, exequibilidade é a **possibilidade de execução imediata do ato** eficaz, sempre que sua aplicação prática não estiver subordinada a termo, condição ou algum outro requisito legalmente estabelecido;

d) efetividade: é a confirmação social e metajurídica de que o ato alcançou os resultados práticos pretendidos pelo seu autor;

e) relatividade: é a referibilidade de todo ato administrativo à sucessão de normas superiores que legitimaram a sua expedição.

4.9 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Como todo ato jurídico, o ato administrativo está sujeito a três planos lógicos distintos: a) existência; b) validade; c) eficácia.

A aceitação da divisão ternária dos planos lógicos do ato jurídico foi difundida no Brasil por **Pontes de Miranda**, razão pela qual tem sido denominada de **teoria tripartite** ou **pontesiana**.

O plano da **existência** ou da perfeição consiste no cumprimento do **ciclo de formação do ato**.

A prova da Procuradoria do Estado/PB feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Ato perfeito é aquele que teve seu ciclo de formação encerrado, por ter esgotado todas as fases necessárias à sua produção".

O plano da **validade** envolve a **conformidade com os requisitos** estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a correta prática do ato administrativo.

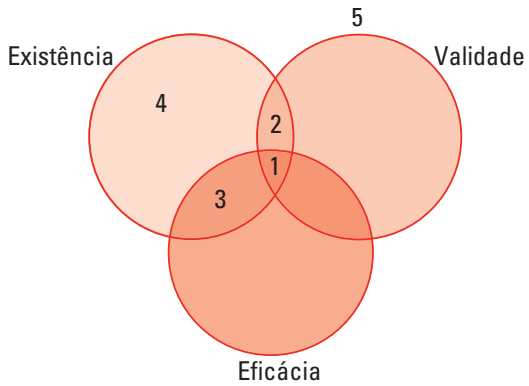
O plano da **eficácia** está relacionado com a **aptidão** do ato **para produzir efeitos** jurídicos.

A interação do ato administrativo com cada um dos três planos lógicos não repercute nos demais. Constituem searas sistêmicas distintas e relativamente independentes. A única exceção a tal independência reside na hipótese dos atos juridicamente inexistentes, caso em que não se cogita de sua validade ou eficácia. Ato inexistente é necessariamente inválido e não produz qualquer efeito.

---

22 *Curso de direito administrativo*, p. 158.

Os três planos lógicos



A prova da Magistratura/SE feita pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Caso o Presidente da República nomeie ministro do STF sem a aprovação do Senado Federal, o ato administrativo pertinente será considerado existente, mas inválido".

A prova de Auditor Fiscal da Receita Federal feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Conforme a doutrina, o ato administrativo, quando concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora, classifica-se como perfeito, válido e ineficaz".

Assim, o ato administrativo pode ser:
1) **existente, inválido** e eficaz;
2) existente, inválido e ineficaz;
3) existente, válido e eficaz;
4) **existente, válido e ineficaz**;
ou
5) inexistente.

4.9.1 Existência ou perfeição do ato administrativo

O primeiro plano lógico ao qual o ato administrativo se submete é o da **existência** ou **perfeição**. Nele, importa verificar se o ato cumpriu integralmente o seu **ciclo jurídico de formação**, revestindo-se dos elementos e pressupostos necessários para que possa ser considerado um ato administrativo.

Importante reforçar que a existência jurídica do ato **é diferente da sua existência fática**. Se um particular finge ser juiz de direito e, ludibriando a todos, preside uma audiência, os atos realizados são juridicamente inexistentes devido à usurpação de função pública, mas materialmente ocorreram (existiram).

Outra consideração relevante é que a **existência** jurídica deve ser **investigada à luz de um determinado ramo** do Direito. Isso porque o ato pode ser inexistente para certo ramo, mas preencher os elementos necessários para a existência como ato de outra categoria, gerando reflexos em seara jurídica diversa. Exemplo: um contrato assinado por servidor transferindo a terceiros a responsabilidade por ato

lesivo praticado no exercício de suas funções não possui qualquer significado para o Direito Administrativo, mas pode ter força vinculante entre o servidor e o terceiro. É juridicamente inexistente para o Direito Administrativo e existente para o Direito Privado.

Na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, devemos considerar que o ato administrativo tem dois elementos e dois pressupostos de existência. Elementos são aspectos intrínsecos ao ato; pressupostos são os extrínsecos.

Os **elementos** de existência são **conteúdo** e **forma**. Os pressupostos são **objeto** e **referibilidade à função administrativa**.

O primeiro elemento de existência do ato administrativo é o **conteúdo**, entendido como a necessidade de constatação de conduta decorrente do ato.

Exemplos: 1) folha não preenchida do talão de multas é ato inexistente por falta de conteúdo; 2) "ordem" expedida por escrito pelo chefe da repartição proibindo e ao mesmo tempo permitindo dado comportamento é inexistente por ausência de conteúdo, já que proibido e permitido são comandos contraditórios que se excluem mutuamente.

Igualmente inexistentes são os atos que proíbem o inevitável ou exigem o que é impossível. Exemplos: 1) decreto proibindo a morte; 2) cláusula de edital de concurso público que exige dos candidatos domínio de um idioma extinto; 3) portaria municipal proibindo a chuva de cair.

O outro elemento referido por Celso Antônio Bandeira de Mello é a **forma** do ato que preferimos denominar **exteriorização do conteúdo**. Não haverá ato administrativo se o conteúdo não for divulgado pelo agente competente. Exemplo: texto de ato administrativo esquecido na gaveta.

Objeto do ato administrativo é o bem ou a pessoa a que o ato faz referência. Desaparecendo ou inexistindo o objeto, o ato administrativo que a ele faz menção é tido como juridicamente inexistente. Exemplos: 1) promoção de servidor falecido; 2) alvará autorizando a "reforma do prédio" em terreno baldio.

E, por fim, para existir como ato administrativo, é necessário que o ato tenha sido praticado **no exercício da função administrativa**. Se praticado por particular usurpador de função pública, não se considera existente o ato administrativo. Exemplo: multa de trânsito lavrada por particular. Na mesma situação, está o ato praticado por servidor público vinculado a outro poder estatal ou visivelmente incompetente para a conduta. Exemplo: medida provisória assinada por varredor de ruas. Nesses casos, o ato **não é imputável à Administração Pública**.

É hipótese também de inexistência a situação dos atos didáticos e dos não sérios mesmo quando praticados pelo servidor competente. Exemplo: 1) auto de infração preenchido e assinado pelo agente em curso de formação para novos fiscais; 2) "demissão" de subordinado anunciada pelo chefe da repartição, por pilhéria, em festa de confraternização dos funcionários.

4.9.1.1 Teoria do ato administrativo inexistente

Um dos temas mais complexos do moderno Direito Administrativo é a teoria do ato administrativo inexistente. A falta de bibliografia e a crescente incidência nos concursos de perguntas sobre o assunto justificam um tratamento detalhado capaz de oferecer informações seguras, especialmente para candidatos em provas discursivas e exames orais.

Porém, admitindo a já superada visão de Hely Lopes Meirelles, a prova de Advogado da União/2006 considerou CORRETA a afirmação: "É de pouco interesse prático a distinção entre nulidade e inexistência dentro do Direito Administrativo, pois os atos inexistentes conduzem ao mesmo resultado dos atos nulos: a invalidação".

A utilidade prática em diferenciar inexistência e nulidade reside no fato de haver **regimes jurídicos diferentes** para o **ato administrativo inexistente** e o **ato administrativo nulo**. Essa diversidade de tratamentos normativos é a premissa fundamental para compreender a teoria do ato inexistente.

As primeiras considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o fenômeno da inexistência dos atos jurídicos surgiram no Direito Privado.

Em termos de sistematização, foi **Karl Salomo Zachariae** o primeiro autor a tratar dos atos inexistentes, em estudo publicado em 1827, na Alemanha. O autor identificou clara distinção entre questões de validade, questões de existência e questões de direito. Ou seja, já na primeira metade do século XIX, houve o primeiro esforço de diferenciação entre os planos lógicos da existência e da validade.

A identificação da existência jurídica como algo distinto de validade irradiou-se na doutrina francesa por meio das obras de Aubry e Rau e Demolombe.

No início do século XX, a *teoria da inexistência* estava plenamente difundida entre os civilistas franceses.

Sempre, porém, houve divergência entre os autores, porém, quanto aos elementos fundamentais de existência do ato. Em parte, como noticia Jean Marie Auby, tal divergência se devia ao fato de os privatistas franceses do início do século XX terem buscado no Código Civil francês as bases jurídicas para a caracterização dos elementos do ato. Quando, em verdade, o Código não distinguia atos nulos de atos inexistentes.[23]

No **Direito Público**, a **primeira teorização** sobre o ato administrativo inexistente foi realizada por **Laferrière**. Em sua obra *Traitè de la jurisdiction administrative e des recours contentieux,* publicada em **1888** na França, Laferrière lançou as bases para a concepção moderna da teoria dos atos administrativos inexistentes.

Para Laferrière, caracteriza-se como inexistente o ato administrativo praticado com usurpação de poder por pessoa visivelmente incompetente, seja por não pertencer aos quadros da Administração, seja em razão de exercer funções que não lhe conferem qualquer direito de decisão diante daquele caso concreto.

Segundo Michel Stassinopoulos, são inexistentes os atos administrativos: (a) de usurpação; (b) praticados fora da órbita de competência administrativa, como

[23] AUBY, Jean-Marie. *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*. Paris: Éditions A. Pedone, 1951, p. 5.

aqueles em que um órgão administrativo pretende julgar um processo no lugar do tribunal competente; (c) praticados no âmbito da Administração, mas fora da competência do agente, de sorte que o ato não possa ser visto como uma declaração normal de vontade do Estado.

Entre os autores brasileiros, sempre houve controvérsia sobre a utilidade prática da teoria da inexistência. Discute-se até que ponto convém diferenciar o ato nulo do inexistente.

Contrário à diferenciação, Caio Tácito afirma: "Não transita, livremente, em nosso Direito Administrativo, a noção de ato inexistente, familiar ao direito francês. A doutrina, como as jurisprudências nacionais, quando não ignoram essa categoria de nulidade absoluta, acentuam a sua inocuidade".[24]

Em sentido contrário, manifestou-se Pontes de Miranda: "Revela pouco estudo de lógica e, mais ainda, da estrutura dos sistemas lógicos, pensar-se que, se há conceito de inexistência, esse há de estar no mundo jurídico: e seria cometer o erro inverso – em vez de se forçar a inserção do nulo no inexistente, forçar-se-ia a inserção do inexistente no nulo, trazendo-se aquele para o mundo jurídico".[25]

Prova maior da diferença entre valer e existir é a admissão unânime da categoria dos atos inválidos. Ora, se um ato pode ser inválido, é porque existe juridicamente para ser comparado às regras do sistema. Ninguém sustentaria que na aferição da validade o *nada* é avaliado perante as exigências do ordenamento jurídico. O próprio ato de analisar a validade pressupõe, como inafastável exigência lógica, o *objeto analisado*, que no caso não pode ser outra coisa senão um ato juridicamente relevante, um ato existente.

Há, portanto, um abismo a separar a inexistência da simples nulidade.

O que faz do ato juridicamente inexistente algo de repercussão prática é a circunstância de existir fenomenicamente, ser perceptível, estar presente na vida física, constituir um ente do mundo do ser, detectável historicamente no tempo e no espaço, possuindo às vezes toda a roupagem de um ato legitimamente jurídico, em que pese nunca ter sido outra coisa senão um mero fato material dissimulado.

Em síntese, podemos afirmar que são **três as razões essenciais** para se estudar a inexistência como um vício autônomo: a) pela **lógica**, os planos da existência e da invalidade não se confundem, sendo, portanto, juridicamente diferentes as patologias que podem apanhar o ato em um ou outro patamar; b) pelo **regime jurídico** diferenciado, pois a resposta dada pelo sistema aos atos inexistentes é distinta daquela dada aos atos inválidos; c) pela **repercussão prática**, que nos atos inexistentes, como decorrência do tratamento jurídico diferenciado, opera-se de modo peculiar.

Nesse passo, cumpre apontar as diferenças entre os conceitos de inexistência administrativa, inexistência jurídica, inexistência de fato, quase inexistência, via de fato e falta de aparência de ato.

---

24 Comentário, *RDA* 48/351.

25 *Tratado de direito privado*, t. IV, p. 19.

Inexistência administrativa é a situação dos atos não imputáveis a alguém que aja no exercício da função administrativa, ou sendo imputáveis, nos quais se observa a ausência de um dos elementos ou pressupostos fixados pelo regime jurídico-administrativo para a incidência de seus princípios e normas.

Note-se que o fenômeno da inexistência administrativa reporta-se apenas à não incidência do regime jurídico-administrativo, não excluindo a possibilidade de esse mesmo ato existir para outros ramos do Direito.

Inexistência jurídica é a condição dos atos meramente materiais que nunca ingressaram no mundo do Direito, pertencendo ainda ao universo do *juridicamente irrelevante*.

Já **inexistência de fato** é o nada, aquilo que nunca ocorreu no mundo fenomênico e, por isso, não pode ser apreendido pela mente senão como categoria relacional oposta à dos atos acontecidos. A relevância dessa classe reside em delimitar negativamente o conjunto de eventos existentes. Tudo isso para dizer que, se existência fática e existência jurídica não se confundem, seus opostos, inexistência fática e inexistência jurídica, também são conceitos inconfundíveis.

Existir para o Direito independe de existir materialmente; assim como inexistir juridicamente independe de inexistir faticamente. O Direito cria suas próprias realidades e por isso pode reputar como juridicamente existente algo que fenomenicamente nunca ocorreu.

Esse fato alerta para uma importante constatação já mencionada: o ato administrativamente inexistente pode existir como ato no mundo físico. Portanto, está longe de ser o nada.

Para alguns autores, o ato administrativo inexistente difere do quase inexistente. **Ato administrativo quase inexistente** é aquele praticado com irregularidade grosseira ou declarado pelo legislador como nulo e sem nenhum efeito. Conforme esclarece Diez,[26] tal distinção só ganha relevo na França, onde os atos inexistentes não são suscetíveis de recurso *por excesso de poder*, ao contrário dos atos quase inexistentes, que podem ser impugnados por tal via.

Outro conceito que a doutrina tem comparado com a inexistência é o de *via de fato*. Segundo Marienhoff, via de fato administrativa é a "flagrante, manifesta, grosseira e grave violação da legalidade".[27]

Cumpre mencionar também a diferença entre inexistência administrativa e **falta de aparência**. Isso porque há quem reduza a inexistência administrativa à mera falta de aparência de ato.

O que faz do ato administrativo inexistente algo com repercussão prática é o fato de não ser o *nada*. O ato inexiste para o Direito, mas no mundo fenomênico é um evento histórico perceptível, localizado no tempo e no espaço, que confunde o

---

26 Manuel María Diez, *Derecho administrativo*, p. 373.

27 *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 493.

administrado e parece ser jurídico. Alguns desses atos aparentam legalidade para certa pessoa mais desatenta, e para outras, não passam de mera dissimulação. Em outros casos, ninguém notaria a inexistência jurídica, pois o ato se reveste externamente de toda roupagem característica de um ato administrativo regular, apesar de não ter sido imputado à Administração Pública.

Em síntese, a mera aparência não fornece elementos suficientes para induzir à inexistência jurídica. A falta de aparência de ato é **indício de inexistência**, mas que por si só não constitui critério juridicamente decisivo para o diagnóstico do referido defeito.

Negando que o ato inexistente tenha aparência de ato administrativo, a prova da Procuradoria do Estado/PB feita pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "Ato imperfeito é o que apresenta aparência de manifestação de vontade da Administração Pública, mas que não chegou a aperfeiçoar-se como ato administrativo".

Como se pode depreender de tudo o que foi dito, há uma **autonomia do vício de inexistência** perante os demais tipos de defeitos do ato administrativo como consequência de um **peculiar regime jurídico** atribuído a tal categoria.

Convém destacar algumas **características** do regime jurídico **dos atos administrativos inexistentes** que os diferenciam dos atos administrativos nulos ou inválidos:

1) para o Direito, não há nenhuma possibilidade de os atos administrativos inexistentes produzirem efeitos jurídicos na esfera de interesses do administrado. O ato inexistente **é juridicamente ineficaz** porque a existência é condição necessária para *produzir efeitos*;[28]

2) constituindo um nada jurídico, o ato administrativo inexistente **não gera obrigatoriedade**, podendo ser ignorado livremente sem qualquer consequência;

3) particulares e agentes públicos podem opor-se contra a tentativa de execução dos atos administrativos inexistentes usando a força física. É a chamada **reação *manu militari***;

4) devido à sua extrema gravidade, o vício de inexistência **não admite convalidação** ou **conversão** em atos regulares;

5) ato inexistente **não possui presunção de legitimidade**;

6) o defeito de inexistência **é imprescritível e incaducável**, podendo ser suscitado a qualquer tempo perante a Administração e o Judiciário.

Por fim, convém listar todos os **exemplos de atos administrativos inexistentes** já citados e as correspondentes justificativas para caracterização do defeito:

a) folha do talão de multas não preenchida (ausência de conteúdo);

b) ato administrativo proibindo e ao mesmo tempo permitindo determinado comportamento (ausência de conteúdo);

c) decreto proibindo a morte (conteúdo materialmente impossível);

---

28 F. C. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. IV, *passim*.

Adotando a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, a prova de Auditor Fiscal da Receita Federal feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pode ser considerado como imperfeito (inexistente) o ato de nomeação de Secretário de Estado ainda não publicado no respectivo *Diário Oficial*".

A prova de Defensor Público/SP considerou CORRETA a afirmação: "Deve ser considerado ato administrativo inexistente o decreto que exonera servidor já falecido".

d) edital de concurso exigindo domínio de idioma extinto (conteúdo materialmente impossível);

e) portaria municipal proibindo a chuva (conteúdo materialmente impossível);

f) texto de ato administrativo **esquecido na gaveta** (ausência de forma);

g) promoção de **servidor falecido** (ausência de objeto);

h) alvará autorizando a reforma de prédio em terreno baldio (ausência de objeto);

i) ato praticado em usurpação de função pública (ato não imputável à Administração Pública);

j) medida provisória assinada por varredor de ruas (ato não imputável à Administração Pública);

k) auto de infração lavrado pelo agente em curso de formação para novos fiscais (ato não imputável à Administração Pública);

l) "demissão" de subordinado anunciada pelo chefe da repartição, por pilhéria, em festa de confraternização dos funcionários (ato não imputável à Administração Pública);

m) ordem administrativa cujo cumprimento implica a prática de crime (conteúdo juridicamente impossível).

4.9.2 Validade do ato administrativo

No plano da validade, investiga-se a **conformidade do ato administrativo** com os **requisitos fixados no ordenamento** para sua correta produção. O juízo de validade **pressupõe a existência** do ato, razão pela qual só se pode falar em ato válido ou inválido após o integral cumprimento do seu ciclo de formação.

A doutrina fala em **requisitos, pressupostos** ou **elementos** para se referir às condições de validade do ato administrativo. Os autores divergem quanto à denominação e à quantidade dos requisitos, havendo basicamente dois posicionamentos mais relevantes:

A prova de Auditor Fiscal da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Os vícios do ato administrativo estão previstos na lei que regula a ação popular".

A prova de Fiscal do INSS feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Segundo a lei e a doutrina majoritária, motivo, forma, finalidade, competência e objeto integram o ato administrativo".

a) visão tradicional: sustentada por **Hely Lopes** Meirelles e fundamentada no art. 2º da Lei n. 4.717/65, a **Lei da Ação Popular** divide o ato administrativo em **cinco requisitos**: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. É a visão **majoritária nos concursos públicos**;

b) visão moderna: foi desenvolvida por Celso Antônio **Bandeira de Mello**, que identi-

fica **seis pressupostos** de validade do ato administrativo: sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e **formalização**.

A prova de Oficial de Justiça do TRT/AM elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Além de outros, constituem requisitos dos atos administrativos a competência, a forma e o motivo".

A análise detalhada dos requisitos de validade será abordada nos tópicos seguintes deste capítulo.

4.9.3 Eficácia do ato administrativo

O plano da eficácia analisa a **aptidão do ato para produzir efeitos jurídicos**. O destino natural do ato administrativo é ser praticado com a finalidade de criar, declarar, modificar, preservar e extinguir direitos e obrigações.

Algumas circunstâncias podem interferir na irradiação de efeitos do ato administrativo:

a) existência de vício: alguns defeitos específicos no ato bloqueiam a produção de seus efeitos regulares. É o caso da inexistência jurídica, vício que impede a eficácia do ato administrativo;

b) condição suspensiva: suspende a produção de efeitos até a implementação de evento futuro e incerto. Exemplo: alvará concedido a taxista com a condição de que apresente o veículo para regularização dentro de quinze dias;

c) condição resolutiva: acontecimento futuro e incerto cuja ocorrência interrompe a produção de efeitos do ato administrativo. Exemplo: permissão para instalação de banca de jornal em parque público outorgada até que seja construída loja de revistas no local;

d) termo inicial: sujeita o início da irradiação de efeitos do ato a evento futuro e certo. Exemplo: licença autorizando construção de prédio residencial só a partir de trinta dias de sua outorga;

e) termo final: autoriza a produção de efeitos do ato por determinado período de tempo. Exemplo: habilitação para conduzir veículo concedida pelo prazo de cinco anos.

A doutrina divide os efeitos do ato administrativo em **três categorias**:

a) efeitos típicos: são aqueles **próprios do ato**. Exemplo: a homologação da autoridade superior tem o efeito típico de aprovar o ato administrativo desencadeando sua exequibilidade;

b) efeitos atípicos prodrômicos: são efeitos **preliminares** ou **iniciais** distintos da eficácia principal do ato. Exemplos: a expedição do decreto expropriatório autoriza o Poder Público a ingressar no bem para fazer medições; dever da autoridade competente expedir ato de controle.

No âmbito do processo penal, tem-se utilizado a expressão "efeito prodrômico" para fazer referência a um dos efeitos da sentença penal, qual seja, a vedação da *reformatio in pejus* direta ou indireta na hipótese de somente o réu apelar. O mesmo raciocínio estende-se à ação de improbidade **administrativa**;

A prova da Magistratura de São Paulo 2011 considerou CORRETA a afirmação: "Na improbidade administrativa, o julgador poderá reconhecer o efeito prodrômico da prestação jurisdicional monocrática quando só o réu recorre, transitando em julgado a sentença para o autor da ação".

c) efeitos atípicos reflexos: são aqueles que atingem terceiros estranhos à relação jurídica principal. Exemplo: com a desapropriação do imóvel, extingue-se a hipoteca que garantia crédito de instituição financeira.

4.10 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Mérito ou **merecimento** é a **margem de liberdade** que os atos discricionários recebem da lei para permitir aos agentes públicos escolher, diante da situação concreta, qual a melhor maneira de atender ao **interesse público**. Trata-se de um **juízo de conveniência e oportunidade** que constitui o **núcleo da função típica** do Poder Executivo, razão pela qual é vedado ao Poder Judiciário controlar o mérito do **ato administrativo**.

A prova da Magistratura Federal/2002 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O mérito é aspecto do ato administrativo que, particularmente, diz respeito à conveniência de sua prática".

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O juízo de conveniência e oportunidade, presente no ato discricionário, compreende o mérito administrativo, mas não afasta a necessidade de submissão do agente público ao princípio da legalidade e ao atendimento do interesse público".

Segundo Hely Lopes Meirelles, essa margem de liberdade pode residir no **motivo** ou no **objeto** do ato **discricionário**.

Pode ser adotada a seguinte regra mnemônica para fixação do assunto:

Motivo
é
r
i
t
Objeto

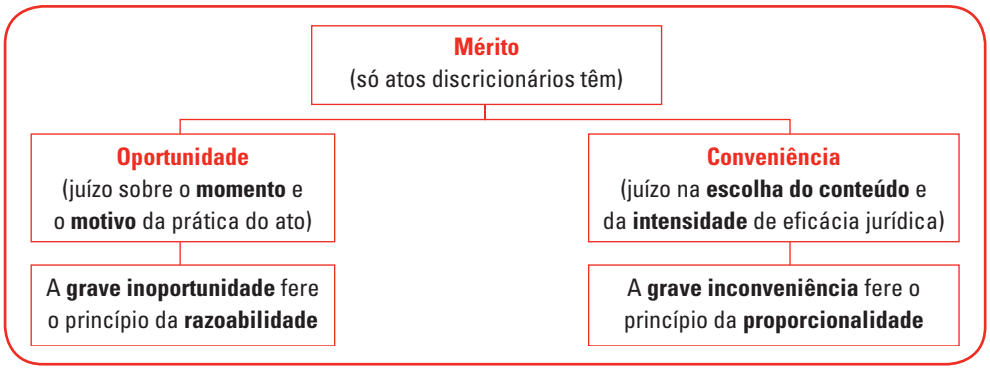
4.10.1 Grave inoportunidade e grave inconveniência

Em brilhante aprofundamento no tema da discricionariedade, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que os juízos de conveniência e oportunidade têm conteúdos específicos bastante distintos.[29]

Segundo o autor, o juízo de **oportunidade** diz respeito ao **momento** e ao **motivo** ensejadores da prática do ato. Nesse sentido, a **grave inoportunidade**, quando da expedição de ato administrativo discricionário sem observância do momento e do motivo apropriados, violaria o princípio da **razoabilidade**.

[29] *Curso de direito administrativo*, p. 110-111.

Quanto ao juízo de **conveniência**, relaciona-se diretamente com a escolha do **conteúdo** e a **intensidade dos efeitos** do ato jurídico praticado pela Administração. Assim, a desatenção a esses dois aspectos do ato acarretaria **grave inconveniência,** ferindo o princípio da **proporcionalidade**.


Mérito
(só atos discricionários têm)
Oportunidade
(juízo sobre o momento e o motivo da prática do ato)
Conveniência
(juízo na escolha do conteúdo e da intensidade de eficácia jurídica)
A grave inoportunidade fere o princípio da razoabilidade
A grave inconveniência fere o princípio da proporcionalidade

4.11 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A doutrina diverge quanto à quantidade de requisitos de validade do ato administrativo. Como o tema não foi objeto de tratamento legislativo direto, cada autor tem liberdade para apontar a divisão que entender mais conveniente.

O importante é enfatizar que a divisão didática do ato administrativo em requisitos serve para facilitar o controle de legalidade sobre eventuais defeitos nele existentes.

Conforme mencionado nos itens anteriores, existem basicamente duas classificações mais relevantes dos requisitos do ato administrativo: a corrente clássica e a corrente mais moderna.

4.11.1 Corrente clássica (Hely Lopes Meirelles)

A **corrente clássica** defendida por **Hely Lopes** Meirelles e **majoritária para concursos públicos** está baseada no art. 2º da Lei n. 4.717/65, segundo o qual "são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: *a*) incompetência; *b*) vício de forma; *c*) ilegalidade do objeto; *d*) inexistência dos **motivos**; *e*) desvio de finalidade".

A prova de Analista Judiciário feita pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "O motivo, um dos requisitos do ato administrativo, pode ser conceituado como o pressuposto de fato e de direito em virtude do qual a Administração age".

De acordo com essa visão, os **requisitos** do ato administrativo são: a) competência; b) objeto; c) forma; d) motivo; e) finalidade. Motivo e objeto são discricionários requisitos porque podem comportar margem de liberdade. Competência, forma e finalidade são requisitos vinculados.

Embora confundindo "requisitos de formação" com "requisitos de validade", a prova de Procurador Federal feita pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O exame do ato administrativo revela a existência de requisitos necessários à sua formação, que podem ser assim discriminados: competência, finalidade, forma, motivo e objeto".

Corrente clássica	
5 requisitos	
Competência ou sujeito	Vinculado
Objeto	Discricionário
Forma	Vinculado
Motivo	Discricionário
Finalidade	Vinculado

1) Competência ou sujeito: o primeiro requisito de validade do ato administrativo é denominado competência ou sujeito. A competência é requisito **vinculado**. Para que o ato seja válido, inicialmente é preciso verificar se foi praticado pelo agente competente segundo a legislação para a prática da conduta. No Direito Administrativo, é **sempre a lei que define as competências** conferidas a cada agente, limitando sua atuação àquela seara específica de atribuições. Assim, competência administrativa **é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho de suas funções**.[30]

A prova de Analista de Contas do TCU feita pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O ato administrativo não surge espontaneamente e por conta própria. Ele precisa de um executor, o agente público competente, que recebe da lei o devido dever-poder para o desempenho de suas funções".

A competência administrativa possui as seguintes **características**:

a) **natureza de ordem pública**: pois sua definição é estabelecida pela lei, estando sua alteração fora do alcance das partes;

b) **não se presume**: porque o agente somente terá as competências expressamente outorgadas pela legislação;

c) **improrrogabilidade**: diante da falta de uso, a competência não se transfere a outro agente;

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP considerou CORRETA a afirmação: "Sendo um dos requisitos do ato administrativo, a competência é irrenunciável".

d) **inderrogabilidade** ou **irrenunciabilidade**: a Administração não pode abrir mão de suas competências porque são conferidas em benefício do interesse público;

e) **obrigatoriedade**: o exercício da competência administrativa é um dever para o agente público;

f) **incaducabilidade** ou **imprescritibilidade**: a competência administrativa não se extingue, exceto por vontade legal;

g) **delegabilidade**: em regra, a competência administrativa pode ser transferida temporariamente mediante delegação ou avocação. Porém, são **indelegáveis**: competências **exclusivas**, a edição de **atos normativos** e a **decisão de recursos** (art. 13 da Lei n. 9.784/99).

---

30 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 147.

2) Objeto: é o **conteúdo** do ato, a ordem por ele determinada, ou o **resultado prático** pretendido ao se expedi-lo. Todo ato administrativo tem por objeto a **criação, modificação** ou **comprovação de situações jurídicas** concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à **ação da Administração Pública**.[31] O objeto é requisito **discricionário**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/GO considerou CORRETA a afirmação: "Sendo um dos requisitos do ato administrativo, o objeto consiste na criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas e atividades sujeitas à ação do Poder Público".

3) Forma: é requisito **vinculado**, envolvendo o **modo de exteriorização** e os **procedimentos prévios** exigidos na expedição do ato administrativo. Diante da necessidade de controle de legalidade, o cumprimento da **forma legal** é sempre **substancial para a validade** da conduta. Em regra, os atos administrativos deverão observar a **forma escrita**, admitindo-se excepcionalmente atos gestuais, verbais ou expedidos visualmente por máquinas, como é o caso dos semáforos, especialmente em casos de urgência e transitoriedade da manifestação.

Tratando do procedimento que pode anteceder a prática do ato administrativo, a prova da AGU/2007 feita pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Procedimento administrativo consiste no *iter* legal a ser percorrido pelos agentes públicos para a obtenção dos efeitos regulares de um ato administrativo principal".

A prova da OAB/MT considerou CORRETA a afirmação: "A forma é o revestimento substancial do ato administrativo, que predominantemente se revela por escrito".

4) Motivo: é a **situação de fato** e o **fundamento jurídico** que autorizam a prática do ato. Constitui requisito **discricionário** porque pode abrigar margem de liberdade outorgada por lei ao agente público. Exemplo: a ocorrência da infração é o motivo da multa de trânsito. Não se confunde com **motivação**, que é a explicação por escrito das razões que levaram à prática do ato.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/PB elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Alegando falta de verbas públicas, o Prefeito de uma cidade litorânea exonerou, *ad nutum*, determinado servidor. No dia seguinte, sem qualquer modificação na situação financeira do Município, nomeou outro funcionário para a mesma vaga. Em virtude desse fato, o ato de exoneração será nulo por causa da inobservância do requisito do ato administrativo denominado motivo".

5) Finalidade: requisito vinculado, a finalidade é o objetivo de interesse público pretendido com a prática do ato. Sempre que o ato for praticado visando a defesa de interesse alheio ao interesse público, será **nulo** por **desvio de finalidade** ou ***détournement du pouvoir***.

Admitindo o caráter VINCULADO DA FINALIDADE, a prova de Analista Judiciário do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "O juízo de conveniência e oportunidade, presente no ato discricionário, compreende o mérito administrativo, ficando ao talante do agente público a conduta quanto à finalidade da norma".

4.11.2 Corrente moderna (Celso Antônio Bandeira de Mello)

A concepção **mais moderna** a respeito dos requisitos do ato administrativo é a de Celso Antônio **Bandeira de Mello**, ainda **pouco adotada** em concursos

[31] Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 150.

A prova de Procurador do TCE/PI feita pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Alegando a ocorrência de determinado fato, o agente público competente praticou ato administrativo. Entretanto, o agente foi induzido a erro e o fato alegado, na verdade, não ocorreu. Na ausência desse fato, a lei não autorizaria a prática do ato. Esse ato é nulo por inexistência de motivos".

públicos. O autor defende a existência de **seis pressupostos** de validade: a) sujeito; b) **motivo**; c) requisitos procedimentais; d) finalidade; e) causa; f) formalização. Sujeito, requisitos procedimentais e causa são requisitos vinculados. Motivo, finalidade e formalização constituem requisitos discricionários.

Corrente moderna

6 requisitos	
Sujeito	Vinculado
Motivo	Discricionário
Requisitos procedimentais	Vinculado
Finalidade	Discricionário
Causa	Vinculado
Formalização	Discricionário

1) Sujeito: é o **pressuposto subjetivo** centrado na análise sobre quem praticou o ato. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, no tema referente ao sujeito deve ser estudada a **capacidade do agente**, a **quantidade de atribuições do órgão** que o produziu, a **competência do agente** emanador e a **existência de óbices à atuação** no caso concreto. Trata-se de requisito **vinculado**.[32]

2) Motivo: constitui **pressuposto objetivo** atinente à situação fática que autoriza a prática do ato. É requisito **discricionário**.

3) Requisitos procedimentais: são atos jurídicos prévios e indispensáveis para a prática do ato administrativo, caracterizando-se como **pressuposto objetivo e vinculado**. Exemplo: a homologação da licitação, na modalidade concorrência pública, pressupõe os atos de habilitação e classificação (requisitos procedimentais).

4) Finalidade: é o **pressuposto teleológico** do ato administrativo. Trata-se do **bem jurídico** pertinente ao interesse público pretendido com a prática do ato. Contrariando a maioria da doutrina, Celso Antônio **Bandeira de Mello** admite **margem de liberdade na finalidade** legal do ato. Assim, a finalidade adquire a condição de **requisito discricionário** para o referido autor.

Rejeitando a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a possibilidade de discricionariedade na finalidade, a prova da OAB/MG considerou CORRETA a afirmação: "A finalidade é elemento sempre vinculado do ato administrativo".

5) Causa: é o **pressuposto lógico** consistente no nexo de **adequação entre o motivo e o conteúdo** do ato **administrativo**. Se o

[32] *Curso de direito administrativo*, p. 391.

agente pratica um ato incoerente ou desproporcional com a situação concreta que ensejou sua expedição, há um problema na **causa** do ato tornando-o nulo. Exemplo: ordem de demolição de casa por conta de pintura descascada. A causa constitui **requisito vinculado**.

Explorando implicitamente o conceito de CAUSA, a prova da Magistratura Federal da 3ª Região 2008 considerou CORRETA a afirmação: "A discricionariedade, autorizada em lei quanto aos motivos, somente conduz a uma decisão válida se o juízo de conformação do abstrato ao concreto observar a necessária vinculação do processo decisório com a finalidade de interesse público, demonstrada tal conexão pelo próprio conteúdo do ato administrativo".

6) Formalização: é o **pressuposto formal** relacionado com o modo como o ato deve ser praticado. Coincide com a noção de **forma** adotada pela corrente tradicional. Admite-se margem de liberdade quanto à forma do ato, constituindo **requisito discricionário**.

4.11.3 Diferentes teorias sobre a nulidade do ato

A divisão do ato administrativo em requisitos serve para facilitar a identificação de defeitos. Um defeito surge sempre que o ato administrativo for praticado em desconformidade com as exigências legais. Porém, há diversos níveis de descumprimento da lei e consequentemente **vários graus de nulidade**.

Poucos temas despertam tanta controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto o atinente aos tipos de nulidade do ato administrativo. O certo é que as características peculiares do ato administrativo afastam a aplicação da teoria civilista que divide os atos ilegais simplesmente em nulos e anuláveis (CC, arts. 166 e 171).

Podem ser identificadas basicamente **quatro teorias** sobre os tipos de nulidade:

a) teoria unitária: defendida por **Hely Lopes** Meirelles, essa teoria sustenta que **qualquer ilegalidade** no ato administrativo é causa de **nulidade**. Ou a lei é cumprida ou não é. Inexistiriam graus de violação da norma legal. **Todo ato viciado é nulo**. Hely Lopes rejeitava inclusive a possibilidade de convalidação de defeitos leves do ato administrativo, considerando que o interesse privado não poderia preponderar sobre atos ilegais. "Daí a impossibilidade jurídica de convalidar-se o ato considerado anulável, que não passa de um ato originariamente nulo".[33] Entretanto, negar a possibilidade de convalidação de um ato eivado por vício que pode ser reparado é hoje impossível diante da expressa previsão do instituto no art. 55 da Lei n. 9.784/99: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". A referência legal à categoria dos defeitos sanáveis impõe a aceitação da distinção entre atos nulos e anuláveis. Com isso, tornou-se insustentável a teoria unitária;

A prova da Procuradoria do Distrito Federal/2007 considerou ERRADA a afirmação: "Prevalece no Direito Administrativo brasileiro a teoria unitária quanto aos graus de invalidade do ato administrativo".

[33] *Direito administrativo brasileiro*, p. 169.

b) teoria binária: amplamente baseada nas **concepções civilistas** sobre nulidade do ato jurídico, a teoria binária divide os atos administrativos ilegais em **nulos e anuláveis**. Ilustre adepto dessa visão, **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** sempre defendeu que **o ato será nulo** se praticado por pessoa jurídica sem atribuição legal, por órgão incompetente, por usurpador de função pública, com objeto ilícito ou impossível por ofensa frontal à lei ou se descumprir formalidade essencial. Ao contrário, será anulável o ato praticado por servidor público incompetente ou nos casos de erro, dolo, coação moral ou simulação.[34] O excessivo apego às concepções privadas desenvolvidas para compreensão dos vícios do negócio jurídico civil reduz a aplicabilidade da teoria binária nos concursos públicos;

c) teoria ternária: segundo essa outra visão, defendida por Miguel Seabra Fagundes, ao lado dos **atos nulos** e dos **atos anuláveis** haveria também os **atos irregulares**, que seriam portadores de defeitos superficiais e irrelevantes, incapazes de causar a extinção do ato administrativo. Seria o caso, por exemplo, de um erro na nomenclatura do ato denominado "portaria" quando a lei exige "licença" para aquela situação. A aceitação da categoria dos atos irregulares foi um grande avanço na compreensão do tema, mas a teoria ternária ainda utiliza demasiadamente as concepções do Direito Civil, enfraquecendo a utilidade prática da classificação proposta;

d) teoria quaternária: sustentada por Celso Antônio **Bandeira de Mello** e adotada na **maioria dos concursos**, a teoria quaternária reconhece quatro tipos de atos ilegais:

1) atos inexistentes: quando faltar algum elemento ou pressuposto indispensável para o cumprimento do ciclo de formação do ato;

2) atos nulos: assim considerados os portadores de defeitos graves **insuscetíveis de convalidação**, tornando obrigatória a anulação;

3) atos anuláveis: aqueles possuidores de defeitos leves **passíveis de convalidação**;

4) atos irregulares: detentores de defeitos levíssimos e irrelevantes normalmente quanto à forma, não prejudicando a validade do ato administrativo.

Mais moderna e atenta às peculiaridades do ato administrativo, a teoria quaternária é a que melhor responde às indagações presentes em provas e concursos públicos recentes.

4.12 VÍCIOS EM ESPÉCIE

Com base na identificação dos requisitos do ato administrativo, é possível precisar quais as patologias mais frequentes envolvendo a sua prática e indicar as consequências normativas delas decorrentes.

---

[34] *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 655.

1) Quanto ao sujeito: podem ocorrer **quatro defeitos principais** quanto à competência para a prática do ato administrativo:

a) usurpação de função pública: é o mais grave defeito atinente ao requisito do sujeito, ocorrendo quando ato privativo da Administração é praticado por **particular que não é agente público**. Exemplos: auto de prisão expedido por quem não é delegado, multa de trânsito lavrada por particular e sentença prolatada por candidato reprovado no concurso da magistratura. A usurpação de função pública é crime tipificado no art. 328 do Código Penal, constituindo causa de **inexistência do ato administrativo**;

A prova de Advogado da União/2006 considerou CORRETA a afirmação: "O clássico exemplo de ato inexistente é o ato praticado pelo usurpador de função pública, mas admite-se também o uso da expressão ato inexistente para designar atos cujo objeto seja materialmente impossível, como a nomeação de pessoa morta".

▶ IMPORTANTE: **O crime de usurpação** de função pública **não ocorre** quando o ato for praticado por particular enquadrado na condição de **gestor de negócios públicos**. A gestão de negócios públicos é um instituto pouco conhecido no Brasil, mas tradicional no **direito europeu**. Gestor de negócios é o particular que assume ***sponte propria*** a condução de uma tarefa pública em **situações de emergência** enquanto **o Estado estiver ausente**. É o caso do particular que presta socorro a parturiente. Inexistindo agente público competente para atender à gestante, um motorista pode conduzi-la ao hospital, assumindo durante o trajeto o *status* de gestor de negócios público. Assim, enquanto exerce essa função de interesse público, o particular reveste-se de certas prerrogativas estatais, como a preferência no trânsito típica de viaturas públicas. A definição do regime jurídico da gestão de negócios públicos ainda carece de maior atenção doutrinária, mas é certo que sua caracterização na prática é **causa excludente do crime de usurpação de função pública**.

b) excesso de poder: ocorre quando a autoridade pública, embora competente para praticar o ato, **ultrapassa os limites de sua competência** exagerando na forma de defender o interesse público. Exemplo: destruição, pela fiscalização, de veículo estacionado em local proibido. O excesso de poder causa **nulidade da atuação administrativa**;

A prova de Analista de Finanças e Controle elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O ato administrativo pode apresentar diversos vícios. Tratando-se de vício relativo ao sujeito, temos que, quando o agente público extrapola os limites de sua competência, ocorre excesso de poder".

c) funcionário de fato: exerce **função de fato** o indivíduo que ingressou irregularmente no serviço público em decorrência de **vício na investidura**. Exemplo: cargo que exigia concurso, mas foi provido por nomeação política.

O problema do funcionário de fato é um dos mais complexos de todo o Direito Administrativo, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o instituto remonta ao **Direito Romano**, quando o escravo fugitivo **Barbário Filipe** tornou-se pretor em Roma e, sendo descoberto, teve seus atos convalidados pelos tribunais romanos.[35]

---

35 *Curso de direito administrativo*, p. 245.

CUIDADO: A prova de Técnico Administrativo do MPU/2007 elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "Anulada a nomeação de servidor, deverá ele repor os vencimentos percebidos ilegalmente, inclusive se estiver de boa-fé, aplicando-se o princípio da segurança jurídica".

Segundo jurisprudência majoritária, se o funcionário agir de **boa-fé**, ignorando a irregularidade de sua condição, em nome da **segurança jurídica** e da **proibição de o Estado enriquecer sem causa**, seus atos são mantidos válidos e a remuneração não precisa ser restituída. Assim, os atos do funcionário de fato são **simplesmente anuláveis** com eficácia *ex nunc*, sendo suscetíveis de convalidação.

Comprovada, porém, a **má-fé**, caracterizada pela ciência da ilegalidade na sua investidura, os **atos são nulos** e a **remuneração** já percebida **deve ser devolvida** aos cofres públicos. Isso porque "nemo demnatur nisi per legale judicium" **(ninguém pode se beneficiar da própria torpeza)**. Nesse caso, os atos **serão nulos** com eficácia *ex tunc*.

O **ônus da prova** incumbe a quem alega (art. 333 do CPC), razão pela qual cabe ao Ministério Público ou à entidade pública autora da denúncia demonstrar a má-fé. Em nossa opinião, se a função de fato é exercida na área jurídica, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao funcionário provar que ignorava a irregularidade.

Convém registrar que em qualquer caso, com ou sem má-fé, o funcionário de fato, assim que descoberta a irregularidade, deve ser **imediatamente afastado de suas funções**.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz referência a duas espécies de **agentes de fato**: 1) **agente putativo** (regime igual ao do funcionário de fato): quando um servidor é investido na função pública com violação das normas legais, mas é reputado como agente de direito; 2) **agente necessário** (regime igual ao do gestor de negócios públicos): é o indivíduo que em estado de necessidade pública assume certas funções públicas agindo como o faria o servidor competente.

d) incompetência: de acordo com o art. 2º, parágrafo único, *a*, da Lei n. 4.717/65, a incompetência fica caracterizada quando **o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou**. A incompetência torna **anulável o ato**, autorizando sua **convalidação**.

2) Quanto ao objeto: no requisito do conteúdo, o ato administrativo pode ter **dois defeitos** principais:

a) objeto materialmente impossível: ocorre quando o ato exige uma conduta irrealizável. Exemplo: decreto proibindo a morte. É causa de **inexistência do ato administrativo**;

b) objeto juridicamente impossível: a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa violação de lei, regulamento ou outro ato normativo (art. 2º, parágrafo único, *c*, da Lei n. 4.717/65). É o defeito que torna **nulo o ato** quando seu conteúdo determina um comportamento contrário à ordem jurídica. Porém, quando o comportamento exigido constituir **crime**, o **ato torna-se inexistente**.

3) Quanto à forma: o vício de forma consiste na **omissão** ou na **observância incompleta** ou irregular de **formalidades indispensáveis** à existência ou seriedade

do ato (art. 2º, parágrafo único, *b*, da Lei n. 4.717/65). O defeito na forma torna **anulável o ato administrativo**, sendo possível sua convalidação.

A prova da OAB/MT considerou INCORRETA a afirmação: "A realização do ato administrativo por forma outra que não a escrita leva à sua inexistência".

4) Quanto ao motivo: esse defeito ocorre quando houver inexistência ou falsidade do motivo:

a) inexistência do motivo: a inexistência do motivo se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente **inadequada ao resultado obtido** (art. 2º, parágrafo único, *d*, da Lei n. 4.717/65);

A prova da OAB/SC considerou CORRETA a afirmação: "Os atos administrativos desprovidos de motivos são nulos. Mas a inexistência destes se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido".

b) falsidade do motivo: quando o motivo alegado não corresponde àquele efetivamente ocorrido. Maria Sylvia Zanella Di Pietro exemplifica: "Se a Administração pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração, o motivo é inexistente; se ele praticou infração diversa, o motivo é falso".[36]

5) Quanto à finalidade: no requisito finalidade, o defeito passível de atingir o ato administrativo é o **desvio de finalidade**, que se verifica quando o agente pratica o ato visando **fim diverso daquele previsto**, explícita ou implicitamente, **na regra de competência** (art. 2º, parágrafo único, *e*, da Lei n. 4.717/65).

A prova da OAB/MT considerou CORRETA a afirmação: "A prática de qualquer ato desinformado de um fim público é nula por desvio de finalidade".

Vícios em espécie

Defeito	Caracterização	Consequência
Usurpação de função pública	Particular pratica ato privativo de servidor	Ato inexistente
Excesso de poder	Ato praticado pelo agente competente, mas excedendo os limites da sua competência	Ato nulo
Funcionário de fato	Indivíduo que ingressou irregularmente no serviço público	Agente de boa-fé: ato anulável; Agente de má-fé: ato nulo
Incompetência	Servidor pratica ato fora de suas atribuições	Ato anulável
Objeto materialmente impossível	Ato exige conduta irrealizável	Ato inexistente
Objeto juridicamente impossível	Ato exige comportamento ilegal	Exigência ilegal: ato nulo; Exigência criminosa: ato inexistente

Continua

36 *Direito administrativo*, p. 242.

Continuação

Vícios em espécie

Defeito	Caracterização	Consequência
Omissão de formalidade indispensável	Descumprimento da forma legal para prática do ato	Ato anulável
Inexistência do motivo	O fundamento de fato não ocorreu	Ato nulo
Falsidade do motivo	O motivo alegado não corresponde ao que efetivamente ocorreu	Ato nulo
Desvio de finalidade	Ato praticado visando fim alheio ao interesse público	Ato nulo

4.13 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A enorme variedade de atos administrativos obriga a doutrina a realizar diversas classificações a fim de identificar semelhanças e diferenças no regime jurídico aplicável a cada espécie. Vamos analisar as classificações fundadas nos mais importantes critérios doutrinários.

4.13.1 Atos discricionários e atos vinculados

A mais importante classificação dos atos administrativos baseia-se no **critério do grau de liberdade**, dividindo os atos em vinculados e discricionários.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas considerou INCORRETA a afirmação: "No ato vinculado a lei estabelece quase todos os requisitos e condições de sua realização, deixando pouca margem de liberdade ao administrador".

A prova de Analista Administrativo do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "O ato será vinculado quando o ordenamento jurídico estabelecer apenas um objeto como possível para atingir determinado fim".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/MT elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A licença e a admissão são espécies de ato vinculado".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/GO considerou CORRETA a afirmação: "Discricionário é o ato que o administrador pode praticar com certa liberdade de escolha quanto à conveniência e oportunidade".

a) Atos vinculados são aqueles práticos pela Administração **sem margem alguma de liberdade**, pois a lei define de antemão todos os aspectos da conduta. Exemplos: aposentadoria compulsória do servidor que completa 70 anos de idade, lançamento tributário, **licença para construir**.

Atos **vinculados** não podem ser revogados porque **não possuem mérito**, que é o juízo de conveniência e oportunidade relacionado à prática do ato. Entretanto, podem ser **anulados** por vício de legalidade.

b) Atos discricionários são praticados pela Administração **dispondo de margem de liberdade** para que o agente público decida, diante do caso concreto, qual a melhor maneira de atingir o interesse público.

Exemplos: decreto expropriatório, autorização para instalação de circo em área pública, outorga de permissão de banca de jornal.

Os atos discricionários são caracterizados pela existência de um **juízo de conveniência e oportunidade** no **motivo** ou no **objeto**, conhecido como **mérito**. Por isso, podem tanto ser **anulados** na hipótese de vício de legalidade quanto **revogados** por razões de interesse **público**.

Convém relembrar que os atos discricionários estão sujeitos a amplo **controle de legalidade perante o Judiciário**. Ao juiz é **proibido** somente **revisar o mérito do ato** discricionário.

Por fim, deve-se observar que o ato discricionário **não se confunde com o ato arbitrário**. Arbitrário é o ato praticado **fora dos padrões da legalidade**, exorbitando os limites de competência definidos **pela lei**. O ato discricionário, ao contrário, é exercido dentro dos limites da legalidade.

A prova de Analista de Finanças e Controle 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Quanto à discricionariedade e à vinculação da atuação administrativa, pode-se afirmar corretamente que a discricionariedade presente num ato administrativo nunca é total, pois, em geral, ao menos a competência, a forma e a finalidade são elementos definidos em lei e, portanto, vinculados".

A prova Analista do MPU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "É possível o controle judicial da discricionariedade administrativa, respeitados os limites que são assegurados pela lei à atuação da administração".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas considerou INCORRETA a afirmação: "Discricionariedade e arbitrariedade são expressões sinônimas".

Quadro comparativo entre atos vinculados e discricionários

Ato vinculado	Ato discricionário
Praticado sem margem de liberdade	Praticado com margem de liberdade
Exs.: aposentadoria compulsória, lançamento tributário	Exs.: decreto expropriatório, autorização, permissão
Não tem mérito	Tem mérito
Pode ser anulado, mas não revogado	Pode ser anulado e revogado
Sofre controle judicial	Sofre controle judicial, exceto quanto ao mérito
	Não se confunde com ato arbitrário

4.13.2 Atos simples, compostos e complexos

A **mais controvertida** classificação dos atos administrativos é aquela que os divide **quanto à formação** em simples, compostos e complexos. A **grande incidência em concursos** e a **falta de rigor dos autores** na escolha de exemplos dessas três categorias de atos administrativos exigem especial atenção dos candidatos:

a) atos simples são aqueles que resultam da **manifestação de um único órgão**, seja singular (simples singulares) ou colegiado (simples colegiais ou coletivos). Exemplos:

A prova de Técnico Judiciário do TRT/PB elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Os atos administrativos simples decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado".

decisão do conselho de contribuintes, declaração de comissão parlamentar de inquérito.

Sobre os atos simples coletivos, preleciona José dos Santos Carvalho Filho: "As vontades formadoras são *interna corporis* e se dissolvem no processo de formação, de modo que apenas uma é a vontade que se projeta no mundo jurídico";[37]

A prova de Técnico Judiciário do TRT/PB elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "Os atos administrativos compostos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, cujas vontades se fundem para um ato único".

A prova de Assistente Jurídico/DF elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Ao ato administrativo cuja prática dependa de vontade única de um órgão da administração, mas cuja exequibilidade dependa da verificação de outro órgão, dá-se o nome de ato administrativo composto".

b) atos compostos são aqueles praticados por um **único órgão**, mas que dependem da verificação, visto, aprovação, anuência, homologação ou "de acordo" por parte de outro, como **condição de exequibilidade**. A manifestação do segundo órgão é secundária ou complementar. Exemplos: auto de infração lavrado por fiscal e aprovado pela chefia e ato de autorização sujeito a outro ato confirmatório, esse último segundo José dos Santos Carvalho Filho. No ato composto, a existência, a validade e a eficácia dependem da manifestação do primeiro órgão (ato principal), mas a **execução fica pendente até a manifestação do outro órgão** (ato secundário).

▶ CUIDADO: **Maria Sylvia** Zanella Di Pietro menciona dois exemplos de atos compostos: 1) nomeação do Procurador-Geral da República, que depende de prévia aprovação do Senado; 2) dispensa de licitação, pois depende de homologação pela autoridade superior.[38] Na verdade, trata-se de **dois exemplos de atos complexos.** Não são os nomes "aprovação" e "homologação" que transformam o ato em composto, mas o papel desempenhado pela vontade do segundo órgão. No ato composto, a segunda vontade é condição de exequibilidade. Nos exemplos mencionados, a manifestação do segundo órgão não é condição de exequibilidade, mas elemento de existência. Equivocou-se a autora.[39]

Por fim, cumpre informar que Celso Antônio Bandeira de Mello não faz menção à categoria dos atos compostos;

A prova de Analista Judiciário do TRT/PB considerou INCORRETA a afirmação: "Atos compostos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, cujas vontades se fundem para formar um ato único".

c) atos complexos são formados pela **conjugação de vontades de mais de um órgão**. A manifestação do segundo órgão é **elemento de existência** do ato complexo. Somente após, o ato torna-se perfeito. Com a integração da vontade do segundo órgão, é que passa a ser atacável pela via judicial ou administrativa.

---

37 *Manual de direito administrativo*, p. 127.

38 *Direito administrativo*, p. 222-223.

39 Concordando com o equívoco nos exemplos da Professora Maria Sylvia: José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 126, nota 94.

A doutrina oferece diversos **exemplos** de atos complexos que constantemente são exigidos em **concursos**.

A prova da OAB/SP elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Caracteriza ato complexo a aprovação de tratado internacional".

A prova de Analista Administrativo do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Constitui ato administrativo complexo o decreto assinado pelo Presidente da República e referendado pelo Ministério de Estado".

Exemplo 1: investidura de funcionário, pois a nomeação é feita pelo Chefe do Executivo e complementada pela posse dada pelo chefe da repartição (Hely Lopes Meirelles).

Exemplo 2: nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta de lista tríplice elaborada por outro órgão (Celso Antônio Bandeira de Mello).

Exemplo 3: investidura de Ministro do Supremo Tribunal Federal (José dos Santos Carvalho Filho).

Exemplo 4: nomeação de desembargadores para Tribunais Federais (Dirley da Cunha Júnior).

Exemplo 5: aposentadoria do servidor público (Dirley da Cunha Júnior).

Exemplo 6: concessão de alguns regimes especiais de tributação (Marcelo Alexandrino).

Exemplo 7: alguns casos de redução da alíquota do IPI (Marcelo Alexandrino).

Exemplo 8: alguns regimes especiais relativos a documentos fiscais (Marcelo Alexandrino).

Exemplo 9: nomeação de dirigente de agência reguladora indicado pelo Presidente da República sujeita-se à necessária aprovação do Senado (exemplo nosso).[40]

Quadro comparativo entre atos simples, composto e complexo[41]

	Simples	Composto	Complexo
Mecanismo de formação	Manifestação de um único órgão	Praticado por um órgão, mas sujeito à aprovação de outro	Conjugação de vontades de mais de um órgão
Exemplo importante	Decisão do conselho de contribuintes	Auto de infração que depende do visto de autoridade superior	Investidura de funcionário
Dica especial	A vontade do único órgão torna o ato existente, válido e eficaz	A vontade do segundo órgão é condição de exequibilidade do ato	A vontade do segundo órgão é elemento de existência do ato
O que guardar	Mesmo se o órgão for colegiado, o ato é simples	Apareceu na prova "condição de exequibilidade", o ato é composto	No ato complexo, as duas vontades se fundem na prática de ato uno

40 Alexandre Mazza, *Agências reguladoras*, p. 154-155.

41 METÁFORA DA PORTA COM FECHADURAS. Recentemente um aluno me mandou *e-mail* contando outra estratégia para memorizar a diferença entre atos simples, complexo e composto.

4.13.3 Outras classificações dos atos administrativos

4.13.3.1 Quanto aos destinatários

a) atos gerais ou regulamentares: dirigidos a uma **quantidade indeterminável de destinatários**. São atos portadores de determinações, em regra, abstratas e impessoais, não podendo ser impugnados judicialmente até produzirem efeitos concretos em relação aos **destinatários**. Exemplos: edital de concurso, regulamentos, instruções normativas e circulares de serviço. Os atos gerais ganham publicidade por meio da publicação na imprensa oficial. Não havendo meio de publicação nos jornais, devem ser afixados em locais públicos para conhecimento geral;

A prova de Técnico Judiciário do TRT/MT elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Denomina-se ato regulamentar ou geral aquele que alcança a todos que se encontrem na mesma situação abstrata prevista na sua edição e, portanto, não há destinatário determinado".

b) atos coletivos ou plúrimos: expedidos em função de um **grupo definido** de destinatários. Exemplo: alteração no horário de funcionamento de uma repartição pública. A publicidade é atendida com a simples comunicação aos interessados;

c) atos individuais: aqueles direcionados a **um destinatário** determinado. Exemplo: promoção de servidor público. A exigência de publicidade é cumprida com a comunicação ao destinatário.

4.13.3.2 Quanto à estrutura

a) atos concretos: regulam **apenas um caso**, esgotando-se após a primeira aplicação. Exemplo: ordem de demolição de um imóvel com risco de desabar;

A prova da Defensoria Pública/MT/2007 considerou CORRETA a afirmação: "Os atos administrativos, quanto à natureza do conteúdo, podem ser concretos, quando dispõem para um único e específico caso, e se esgotam nessa aplicação. Serão abstratos os atos que dispõem para casos que possam repetir-se".

b) atos abstratos ou normativos: aqueles que se aplicam a uma quantidade indeterminável de situações concretas, não se esgotando após a primeira aplicação. Têm sempre **aplicação continuada**. A competência para expedição de atos normativos é **indelegável** (art. 13, I, da Lei n. 9.784/99). Exemplo: regulamento do IPI.

4.13.3.3 Quanto ao alcance

a) atos internos: produzem **efeitos dentro da Administração**, vinculando somente órgãos e agentes públicos. Por alcançarem somente o ambiente administrativo doméstico, não exigem publicação na imprensa oficial, bastando cientificar os interessados. Exemplos: portaria e instrução ministerial;

Imagine uma porta a ser aberta pela Administração. No ato simples, a porta tem uma fechadura e a chave está na mão do agente. No ato complexo, a porta tem duas fechaduras e cada chave está na mão de um agente diferente. No ato composto, a porta só tem uma fechadura na mão do agente. Ele destranca, mas há outra pessoa atrás da porta dificultando a passagem. A criativa e eficiente metáfora está na internet, porém, sem indicação de autoria.

b) atos externos: produzem **efeitos perante terceiros**. Exemplo: fechamento de estabelecimento e licença.

A prova de Analista Financeiro da Receita Federal feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A classificação dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão ampara-se na teoria da personalidade dupla do Estado".

4.13.3.4 Quanto ao objeto

a) atos de império: praticados pela Administração em **posição de superioridade** diante do particular. Exemplos: desapropriação, multa, interdição de atividade;

b) atos de gestão: expedidos pela Administração em **posição de igualdade** perante o particular, sem usar de sua supremacia e regidos pelo direito privado. Exemplos: locação de imóvel, alienação de bens públicos;

c) atos de expediente: dão **andamento a processos administrativos**. São atos de rotina interna praticados por agentes subalternos sem competência decisória. Exemplo: numeração dos autos do **processo**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/PB elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Os atos de império são os que a Administração Pública pratica valendo-se de sua supremacia sobre o particular e lhes impõem obrigatório atendimento".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/SC considerou CORRETA a afirmação: "Quanto ao seu objeto, os atos administrativos classificam-se em 'atos de império', 'atos de gestão' e 'atos de expediente'; os primeiros definem-se como aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou sobre o servidor, impondo-lhes atendimento obrigatório. É o que ocorre nas desapropriações, nas interdições de atividade e nas ordens estatutárias".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/PB elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Os atos administrativos de expediente são os de rotina interna do órgão público, sem caráter vinculante e sem forma especial".

4.13.3.5 Quanto à manifestação de vontade

a) atos unilaterais: dependem **de somente uma vontade**. Exemplo: licença;

b) atos bilaterais: dependem da **anuência das duas partes**. Exemplo: contrato administrativo.

4.13.3.6 Quanto aos efeitos

a) atos ampliativos: aqueles que **aumentam a esfera de interesse** do particular. Exemplos: concessão; permissão, autorização. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos administrativos ampliativos são destituídos de imperatividade, exigibilidade e executoriedade;[42]

b) atos restritivos: limitam a esfera de interesse do destinatário. Exemplo: sanções administrativas.

4.13.3.7 Quanto ao conteúdo

a) atos constitutivos: criam novas situações jurídicas. Exemplo: admissão de aluno em escola pública;

A prova de Analista Judiciário do TRT/GO considerou CORRETA a afirmação: "Considerando a classificação dos atos administrativos quanto aos efeitos, a autorização e a sanção administrativa são atos constitutivos".

[42] *Curso de direito administrativo*, p. 421.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/MT elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A expedição de uma certidão pela Administração Pública pode ser caracterizada como um ato administrativo declaratório".

b) atos extintivos ou desconstitutivos: extinguem situações jurídicas. Exemplo: demissão de servidor;

c) atos declaratórios ou enunciativos: visam **preservar direitos** e afirmar situações preexistentes. Exemplos: **certidão** e atestado;

d) atos alienativos: realizam a **transferência de bens** ou direitos a terceiros. Exemplo: venda de bem público;

e) atos modificativos: alteram situações preexistentes. Exemplo: alteração do local de reunião;

f) atos abdicativos: aqueles em que **o titular abre mão** de um direito. Exemplo: renúncia à função pública.

4.13.3.8 Quanto à situação jurídica que criam

A prova de Analista Financeiro da Receita Federal feita pela Esaf considerou ERRADA a afirmação: "Ato-regra é aquele pelo qual alguém se vincula a uma situação jurídica preestabelecida, sujeita a alterações unilaterais".

a) atos-regra: criam situações gerais, abstratas e **impessoais**, não produzindo direito adquirido e podendo ser revogados a qualquer tempo. Exemplo: regulamento;

b) atos subjetivos: criam situações **particulares, concretas** e **pessoais**. Podem ser modificados pela vontade das partes. Exemplo: contrato;

Tratando da estranha categoria dos atos-constatação, a prova da OAB/RJ considerou CORRETA a afirmação: "Ato-constatação é o que, por si só, constata certa situação, acarretando sua respectiva correção, modificando-o para evitar a desconstituição".

c) atos-condição: praticados quando **alguém se submete a situações criadas pelos atos-regra**, sujeitando-se a alterações unilaterais. Exemplo: aceitação de cargo **público**.

4.13.3.9 Quanto à eficácia

a) atos válidos: são praticados pela autoridade competente **atendendo a todos os requisitos** exigidos pela ordem jurídica;

b) atos nulos: aqueles expedidos em desconformidade com as regras do sistema normativo. Possuem **defeitos insuscetíveis de convalidação**, especialmente nos requisitos do objeto, motivo e finalidade. Exemplo: ato praticado com desvio de finalidade;

c) atos anuláveis: praticados pela Administração Pública com vícios sanáveis na competência ou na forma. **Admitem convalidação**. Exemplo: ato praticado por servidor incompetente;

d) atos inexistentes: possuem um **vício gravíssimo** no ciclo de formação impeditivo da produção de qualquer efeito jurídico. Exemplo: ato praticado por usurpador de função pública;

e) atos irregulares: portadores de **defeitos formais levíssimos** que não produzem qualquer consequência na validade do ato. Exemplo: portaria publicada com nome de "decreto".

4.13.3.10 Quanto à exequibilidade

a) atos perfeitos: atendem a **todos os requisitos** para sua plena exequibilidade;

b) atos imperfeitos: aqueles **incompletos** na sua formação. Exemplo: ordem não exteriorizada;

c) atos pendentes: preenchem todos os elementos de existência e requisitos de validade, mas a **irradiação de efeitos depende** do implemento de **condição** suspensiva ou **termo inicial**. Exemplo: permissão outorgada para produzir efeitos daqui a **doze meses**;

A prova da Procuradoria do Estado/PB feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Ato pendente é aquele que, embora perfeito, está sujeito à condição ou termo para que comece a produzir efeitos".

A prova de Analista Administrativo do TRT/MS elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "Os atos pendentes não estão aptos a produzir efeitos jurídicos, posto que não completaram seu ciclo de formação".

d) atos consumados ou exauridos: produziram **todos os seus efeitos**. Exemplo: edital de concurso exaurido após a posse de todos os aprovados.

4.13.3.11 Quanto à retratabilidade

a) atos irrevogáveis: são **insuscetíveis de revogação**, tais como: os atos vinculados, os exauridos, os geradores de direito subjetivo e os protegidos pela imutabilidade da decisão administrativa. Exemplo: lançamento tributário (ato vinculado);

b) atos revogáveis: aqueles sujeitos à **possibilidade de** extinção por **revogação**. Exemplo: autorização para bar instalar mesas sobre a calçada;

c) atos suspensíveis: praticados pela Administração com a possibilidade de ter os **efeitos interrompidos temporariamente** diante de situações excepcionais. Exemplo: autorização permanente para circo-escola utilizar área pública durante os finais de semana, mas que pode ser suspensa quando o local for cedido para outro evento específico;

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a afirmação: "Ato suspensível é aquele em que a Administração pode fazer cessar os seus efeitos, em determinadas circunstâncias ou por certo tempo, embora mantendo o ato, para oportuna restauração de sua operatividade".

d) atos precários: expedidos pela Administração Pública para **criação de vínculos jurídicos efêmeros** e temporários, **passíveis de desconstituição a qualquer momento** pela autoridade administrativa diante de razões de **interesse público superveniente**. Pela sua própria natureza, **não geram direito adquirido** à permanência do benefício. Exemplo: **autorização** para instalação de banca de flores em calçada.

A prova de Analista Financeiro elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O ato administrativo conceituado como ato unilateral, discricionário, pelo qual a Administração faculta o exercício de alguma atividade material, em caráter precário, denomina-se autorização".

4.13.3.12 Quanto ao modo de execução

a) atos autoexecutórios: podem ser **executados pela Administração** sem necessidade de ordem judicial. Exemplo: requisição de bens;

b) atos não autoexecutórios: dependem de **intervenção do Poder Judiciário** para produzir seus efeitos regulares. Exemplo: execução fiscal.

4.13.3.13 Quanto ao objetivo visado pela Administração

a) atos principais: são aqueles com a **existência bastante em si**, não sendo praticados em função de outros atos. Exemplo: decisão do conselho de contribuintes;

b) atos complementares: aprovam ou **confirmam** o ato principal, desencadeando a produção de efeitos deste. Exemplo: visto da autoridade superior aposto em auto de infração;

c) atos intermediários ou preparatórios: concorrem para a prática de um ato principal e **final**. Exemplo: a publicação do edital é ato preparatório dentro do procedimento licitatório;

d) atos-condição: são praticados como **exigência prévia** para a realização de outro ato. Exemplo: concurso é ato-condição para a posse na magistratura;

e) atos de jurisdição ou jurisdicionais: são praticados pela Administração Pública envolvendo uma **decisão sobre matéria controvertida**. Exemplo: decisão de órgão administrativo colegiado revisando ato de agente singular.

4.13.3.14 Quanto à natureza da atividade

a) atos de administração ativa: criam uma **utilidade pública**. Exemplo: admissão de aluno em universidade pública;

b) atos de administração consultiva: esclarecem, informam ou sugerem **providências** indispensáveis para a prática de ato administrativo. Exemplo: pareceres opinativos;

c) atos de administração controladora: impedem ou autorizam a produção dos atos de administração ativa, servindo como mecanismo de **exame da legalidade ou do mérito** dos atos controlados. Exemplo: homologação de procedimento pela autoridade superior;

d) atos de administração verificadora: apuram a existência de certo **direito** ou **situação**. Exemplo: registro de casamento;

e) atos de administração contenciosa: decidem no âmbito administrativo **questões litigiosas**. Exemplo: decisão de tribunal administrativo.

4.13.3.15 Quanto à função da vontade administrativa

A prova de Técnico Judiciário do TRT/GO considerou CORRETA a afirmação: "São negociais os atos que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular".

a) atos negociais ou negócios jurídicos: produzem diretamente **efeitos jurídicos**. Exemplo: promoção de servidor público;

b) atos puros ou meros atos administrativos: não produzem diretamente efeitos,

mas funcionam como requisito para desencadear, no caso concreto, **efeitos emanados diretamente da lei**. Exemplo: certidão.

4.14 ESPÉCIES DE ATO ADMINISTRATIVO

A enorme quantidade de atos administrativos tipificados pela legislação brasileira exige um esforço de identificação das diversas categorias. A mais conhecida sistematização é a empreendida por **Hely Lopes** Meirelles,[43] que divide os atos administrativos em **cinco espécies**:

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Atos normativos são os que contêm comandos gerais e abstratos aplicáveis a todos os administrados que se enquadrem nas situações neles previstas".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/GO considerou CORRETA a afirmação: "São normativos os atos que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei".

a) atos normativos: são aqueles que contêm **comandos**, em regra, **gerais e abstratos** para viabilizar o cumprimento da lei. Para alguns autores, tais atos seriam **leis em sentido material**. Exemplos: decretos e deliberações;

A prova de Técnico Judiciário do TRT/GO considerou CORRETA a afirmação: "São ordinatórios os atos que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes".

b) atos ordinatórios: são **manifestações internas** da Administração decorrentes do **poder hierárquico** disciplinando o funcionamento de **órgãos** e a **conduta de agentes públicos**. Assim, não podem disciplinar comportamentos de particulares por constituírem determinações ***intra muros***. Exemplos: instruções e portarias;

A prova de Técnico Judiciário do TRT/SC considerou CORRETA a afirmação: "Classificam-se como atos administrativos negociais a licença e a autorização".

c) atos negociais: manifestam a vontade da Administração em **concordância com o interesse de particulares**. Exemplos: concessões e **licenças**;

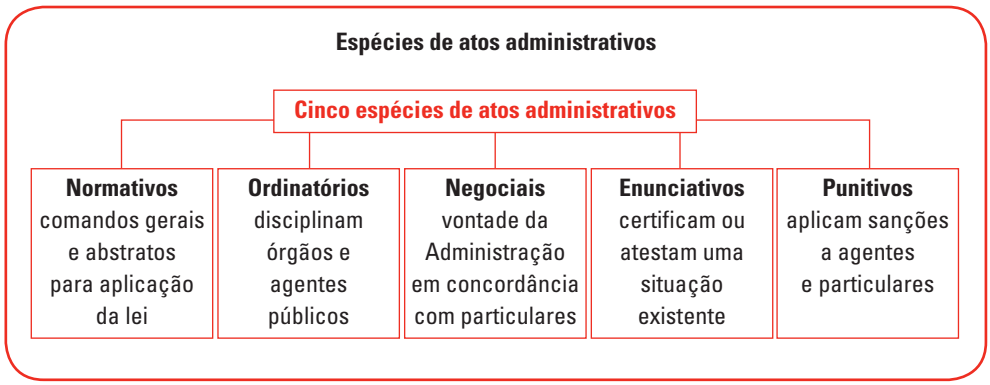
A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a afirmação: "São atos administrativos enunciativos certidões, atestados e pareceres".

d) atos enunciativos ou de pronúncia: certificam ou **atestam** uma **situação existente**, não contendo manifestação de vontade da Administração Pública. Exemplos: certidões, pareceres e **atestados**;

e) atos punitivos: aplicam sanções a particulares ou servidores que pratiquem condutas irregulares. Exemplos: multas e interdições de estabelecimentos.

---

[43] A impecável sistematização empreendida no *Direito administrativo brasileiro,* p. 173-192, serve de roteiro para os itens seguintes do presente trabalho. Procuramos ao máximo manter fidelidade ao original do autor diante das frequentes questões de concurso que exigem o conhecimento quase literal de seus conceitos.



4.14.1 Atos normativos

a) decretos e regulamentos: são atos administrativos, em regra, **gerais e abstratos**, privativos dos **Chefes do Executivo** e expedidos para dar fiel execução à lei (art. 84, IV, da CF). Embora raramente exigida em concursos públicos, existe uma diferença entre decreto e regulamento: **decreto** é **forma** do ato; **regulamento** é o **conteúdo**. Assim, o decreto é o veículo normativo introdutor do regulamento. Como regra geral, decretos e regulamentos não podem criar obrigações de fazer ou não fazer a **particulares** (art. 5º, II, da CF);

A prova da OAB/SC considerou INCORRETA a afirmação: "São considerados legítimos os atos de mera regulamentação que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos".

b) instruções normativas: são atos normativos de **competência dos Ministros** praticados para viabilizar a execução de leis e outros atos normativos;

c) regimentos: decorrentes do **poder hierárquico**, são atos administrativos praticados para disciplinar o **funcionamento interno** de órgãos colegiados e casas legislativas. Normalmente, os regimentos são veiculados por meio de resolução da presidência ou mesa do órgão colegiado;

d) resoluções: são atos administrativos inferiores aos decretos e regulamentos, expedidos por **Ministros de Estado, presidentes de tribunais**, de **casas legislativas** e de **órgãos colegiados**, versando sobre **matérias de interesse interno** dos respectivos órgãos;

e) deliberações: são **atos normativos** ou **decisórios** de órgãos colegiados.

4.14.2 Atos ordinatórios

a) instruções: expedidas pelo **superior hierárquico** e destinadas aos seus subordinados, são **ordens escritas e gerais** para disciplina e execução de determinado serviço público;

b) circulares: constituem atos escritos de disciplina de determinado serviço público voltados a **servidores que desempenham tarefas em situações especiais**. Diferem das instruções porque **não são gerais**;

c) avisos: atos **exclusivos de Ministros** de Estado para regramento de **temas da competência interna** do Ministério;

d) portarias: atos internos que **iniciam sindicâncias, processos administrativos** ou promovem **designação de servidores** para cargos secundários. São expedidas por **chefes de órgãos** e **repartições públicas**. As portarias nunca podem ser baixadas pelos Chefes do Executivo;

A prova de Agente Técnico do MP/AM/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A portaria que dá exercício a um servidor empossado é exemplo de ato ordinatório".

e) ordens de serviço: são **determinações** específicas dirigidas aos **responsáveis por obras e serviços** governamentais autorizando seu início, permitindo a contratação de agentes temporários ou fixando especificações técnicas sobre a atividade. **Não são atos gerais**;

f) ofícios: são **convites** ou **comunicações escritas** dirigidas a servidores subordinados ou particulares sobre assuntos administrativos ou de ordem social;

g) despachos: são **decisões** de autoridades públicas manifestadas **por escrito em documentos** ou **processos** sob sua responsabilidade.

4.14.3 Atos negociais

a) licença: constitui ato administrativo **unilateral, declaratório** e **vinculado** que libera, a todos que preencham os requisitos legais, o desempenho de atividades em princípio vedadas pela lei. Trata-se de **manifestação do poder de polícia** administrativo **desbloqueando atividades** cujo exercício depende de autorização da Administração. Exemplo: licença para construir;

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Licença é ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade".

▶ ATENÇÃO: Exceção à regra, a **licença ambiental** é ato **discricionário**.

b) autorização: ato **unilateral, discricionário, constitutivo** e **precário** expedido para a realização de serviços ou a utilização de bens públicos **no interesse predominante do particular**. Exemplos: porte de arma, mesas de bar em calçadas e autorização para exploração de **jazida mineral**. O art. 131 da Lei n. 9.472/97 define caso raríssimo de **autorização vinculada** na hipótese de autorização de serviço de telecomunicação;

A prova de Analista Judiciário do TRT/PB considerou CORRETA a afirmação: "Constitui ato discricionário a autorização dada pela Administração Pública, diante do interesse público em jogo, para a circulação de veículos com peso ou altura excessivos ou para a pesquisa e lavra de recursos naturais".

A prova da OAB/MT considerou CORRETA a afirmação: "A autorização para exploração de jazida é exemplo de ato administrativo constitutivo".

c) permissão: ato **unilateral, discricionário** (corrente majoritária) e **precário** que faculta o exercício de serviço de interesse coletivo ou a utilização de bem público. Difere da autorização porque a permissão é outorga no **interesse predomi-**

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Permissão é ato administrativo vinculado e definitivo, pelo qual a Administração consente que o particular execute serviço de utilidade pública ou utilize privativamente bem público".

Tratando da espécie CONCESSÃO DE USO, a prova da OAB/RJ considerou CORRETA a afirmação: "Concessão de uso é contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica".

nante da coletividade. Exemplo: permissão para taxista, instalação de banca de jornal. Por determinação do art. 175 da Constituição Federal, toda permissão deve ser **precedida de licitação**. Diante disso, Celso Antônio **Bandeira de Mello** entende que a permissão constitui **ato vinculado** (corrente minoritária);

d) concessão: é uma nomenclatura genérica que abarca diversas categorias de atos ampliativos da **esfera privada de interesses**. A mais importante categoria é a **concessão de serviço público**, ato **bilateral** e precedido de **concorrência pública**, pelo que o Estado transfere a uma **empresa privada** a prestação de serviço público mediante **remuneração paga diretamente pelo usuário**;

Diferenças entre concessão, permissão e autorização

	Concessão	Permissão	Autorização
Quanto à natureza	Ato bilateral (contrato administrativo)	Ato unilateral, discricionário e precário	Ato unilateral, discricionário, constitutivo e precário
Quanto aos beneficiários	Só pessoas jurídicas	Pessoas físicas e pessoas jurídicas	Pessoas físicas e pessoas jurídicas
Quanto à licitação	Exige prévia concorrência	Exige licitação em qualquer modalidade	Exige licitação em qualquer modalidade
Quanto ao prazo	Prazo determinado	Pode ter prazo indeterminado	Pode ter prazo indeterminado
Quanto à forma de outorga	Lei específica	Autorização legislativa	Autorização legislativa
Dica especial	Na concorrência que antecede a concessão, a fase do julgamento antecede a habilitação	É outorgada no interesse predominante da coletividade (interesse público)	É outorgada no interesse predominante do particular
Exemplos	Rodovias, telefonia fixa, rádio, TV e empresas aéreas	Transporte de passageiros e taxistas	Instalação de mesas de bar em calçada

e) aprovação: é o ato administrativo **unilateral** e **discricionário** que realiza a **verificação** prévia ou posterior da **legalidade** e do **mérito de outro ato** como condição para sua produção de efeitos;

f) admissão: ato administrativo **unilateral** e **vinculado** que faculta, a todos que preencherem os requisitos legais, **o ingresso em repartições governamentais** ou defere certas condições subjetivas. Exemplo: admissão de usuário em biblioteca

pública e de aluno em universidade estatal. A admissão também é o instrumento pelo qual se dá a investidura precária de alguém nos quadros estatais na qualidade de extranumerário;[44]

g) visto: constitui ato **vinculado** expedido para **controlar a legitimidade formal** de outro ato de particular ou agente **público**;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos. Os atos administrativos que emanam do Poder Legislativo (leis) e do Poder Judiciário (decisões judiciais) podem ser diferenciados por sua natureza, conteúdo e forma. Quando se conceitua ato administrativo como sendo aquele pelo qual o Poder Público controla outro ato da própria administração ou do administrado, aferindo sua legitimidade formal para dar-lhe exequibilidade, faz-se referência ao conceito de VISTO".

h) homologação: é o ato administrativo **unilateral** e **vinculado de exame da legalidade** e conveniência de outro ato de agente público ou de particular. A homologação é condição de exequibilidade do ato controlado;

i) dispensa: é o ato administrativo **discricionário** que **exime o particular** do desempenho **de certa tarefa**;

j) renúncia: é o ato **unilateral, discricionário, abdicativo** e **irreversível** pelo qual a Administração Pública **abre mão de crédito ou direito** próprio em favor do particular;

k) protocolo administrativo: é a manifestação administrativa em **conjunto com o particular** versando sobre a **realização de tarefa** ou **abstenção de certo comportamento** em favor dos interesses da Administração e do particular, simultaneamente.

4.14.4 Atos enunciativos

a) certidões: são cópias autenticadas de **atos** ou **fatos permanentes** de interesse do requerente constantes de **arquivos públicos**;

b) atestados: são atos que **comprovam fatos** ou **situações transitórias** que **não** constem de arquivos públicos;

c) pareceres técnicos: manifestações expedidas por **órgãos técnicos** especializados referentes a assuntos submetidos a sua **apreciação**;

A prova da AGU/2009 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "No que tange às repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico, o STF entende que: quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, de modo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; por outro lado, quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa, não podendo a decisão do administrador ir de encontro à conclusão do parecer".

d) pareceres normativos: são pareceres que **se transformam em norma obrigatória** quando aprovados pela repartição competente;

e) apostilas: equiparam-se a uma **averbação** realizada pela Administração **declarando um direito** reconhecido por norma legal.

---

[44] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 431.

4.14.5 Atos punitivos

a) multa: constitui **punição pecuniária** imposta a quem descumpre disposições legais ou determinações administrativas;

b) interdição de atividade: é a **proibição** administrativa **do exercício** de determinada **atividade**;

c) destruição de coisas: é o ato sumário de **inutilização de bens** particulares **impróprios para consumo** ou de **comercialização proibida**.

4.14.6 Espécies de ato quanto à forma e quanto ao conteúdo

A doutrina costuma diferenciar as espécies que constituem **formas de ato administrativo** e aquelas que representam **conteúdos de ato administrativo**. Isso porque algumas nomenclaturas específicas são **veículos introdutores de normas**, enquanto **outras constituem a própria norma**. Assim, por exemplo, decreto é o veículo introdutor (forma) do regulamento (conteúdo).

Para facilitar a compreensão dessa dualidade, segue tabela indicativa das mais importantes formas de ato com os correspondentes conteúdos que veiculam.

Formas e conteúdos de atos administrativos

Formas de ato	Conteúdos veiculados
Decreto	Regulamentos, outros atos normativos e, excepcionalmente, atos concretos
Alvará	Autorizações e licenças
Resolução	Deliberações colegiadas
Aviso	Ofícios e instruções
Portaria	Instruções, ordens de serviço e circulares

4.15 EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é praticado, produz efeitos e desaparece. Seu ciclo vital encerra-se de diversas maneiras, conhecidas como **formas de extinção do ato administrativo**.

Algumas vezes, a extinção **é automática** porque opera sem necessidade de qualquer pronunciamento estatal. É a chamada extinção **de pleno direito** ou ***ipso iure***.

Noutros casos, a extinção ocorre pela força de um **segundo ato normativo** expedido especificamente para eliminar o ato primário. São as hipóteses denominadas de **retirada do ato**.

A prova de Analista Judiciário do TRT/PB considerou INCORRETA a afirmação: "A recusa pelo particular ou pela Administração Pública é causa de convalidação do ato administrativo ante a renúncia por parte do beneficiário".

Quando o **ato não é eficaz**, pode ser extinto pela **retirada** (revogação e anulação) ou pela **recusa do beneficiário**.[45]

[45] A sistematização adotada nos itens seguintes baseia-se na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 438 e s.

Tratando-se de **atos eficazes**, a fim de sistematizar as diversas modalidades extintivas, a doutrina identifica **quatro categorias principais de extinção dos atos administrativos:**

1) Extinção *ipso iuri* pelo cumprimento integral de seus efeitos: quando o ato administrativo produz todos os efeitos que ensejaram sua prática, ocorre sua **extinção natural e de pleno direito**. A extinção natural pode dar-se das seguintes formas:

A prova do Ministério Público do Trabalho considerou CORRETA a afirmação: "O ato administrativo pode se extinguir pelo exaurimento integral de sua eficácia".

a) esgotamento do conteúdo: o ato exaure integralmente a sua eficácia após o cumprimento do conteúdo. Exemplo: edital de licitação de compra de vacinas após a vacinação realizada;

b) execução material: ocorre quando a ordem expedida pelo ato é materialmente cumprida. Exemplo: ordem de guinchamento de veículo extinta após sua execução;

c) implemento de condição resolutiva ou termo final: o ato é extinto quando sobrevém o evento preordenado a cessar sua aplicabilidade. Exemplo: término do prazo de validade da habilitação para conduzir veículos.

2) Extinção *ipso iuri* pelo desaparecimento do sujeito ou do objeto: o ato administrativo é praticado em relação a pessoas ou bens. Desaparecendo um desses elementos, o ato extingue-se automaticamente. Exemplos: promoção de servidor extinta com seu falecimento; licença para reformar imóvel extinta com o **desabamento** do prédio.

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a afirmação: "Um cidadão obteve licença para construir. Contudo, passados dez anos o imóvel pegou fogo, caso em que se exige novo pedido de licença".

3) Extinção por renúncia: ocorre quando o próprio beneficiário abre mão da situação proporcionada pelo ato. Exemplo: exoneração de cargo a pedido do ocupante.

4) Retirada do ato: é a forma de extinção mais importante para provas e concursos públicos. Ocorre com a expedição de um ato secundário praticado para extinguir ato anterior. As **modalidades de retirada** são: **revogação, anulação, cassação, caducidade** e **contraposição**.

A prova de Analista Judiciário do TRT/Campinas considerou CORRETA a afirmação: "O ato administrativo extingue-se por cumprimento dos seus efeitos; pelo desaparecimento do sujeito ou objeto e pela retirada, que se verifica por várias maneiras".

A prova de Analista Judiciário do TRT/PB considerou CORRETA a afirmação: "A retirada de um ato administrativo pode dar-se por revogação, invalidação e caducidade".

4.15.1 Revogação

Revogação é a extinção do **ato administrativo** perfeito e eficaz, com **eficácia *ex nunc***, praticada **pela Administração Pública** e fundada em razões de interesse público (**conveniência** e **oportunidade**).

Nesse sentido, estabelece o art. 53 da Lei n. 9.784/99: "A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e **pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos**".

Com o mesmo teor, a **Súmula n. 473 do STF** enuncia: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Na revogação, ocorre uma **causa superveniente** que altera o juízo de conveniência e oportunidade sobre a permanência de determinado ato discricionário, obrigando a Administração a expedir um segundo ato, chamado **ato revocatório**, para extinguir o ato anterior. Pelo princípio da simetria das formas, somente um ato administrativo pode retirar outro ato administrativo. Então, **a revogação de um ato administrativo também é ato administrativo**. Na verdade, a revogação não é exatamente um ato, mas o efeito extintivo produzido pelo ato revocatório. O ato revocatório é ato secundário, concreto e discricionário que promove a retirada do ato contrário ao interesse público.

4.15.1.1 Competência para revogar

Por envolver **questão de mérito**, a revogação só pode ser praticada pela Administração Pública, e não pelo Judiciário. Essa afirmação é feita em uníssono pela doutrina. Mas na verdade contém uma simplificação. A revogação **é de competência da mesma autoridade que praticou o ato revogado**. Quando Judiciário e o Legislativo praticam atos administrativos no exercício de função atípica, a revogação pode ser por eles determinada. **É vedado ao Judiciário revogar ato praticado por outro Poder**.

A prova de Analista Judiciário do TRT/Campinas considerou INCORRETA a afirmação: "A revogação do ato administrativo no âmbito da Administração não pode ser feita por quem o praticou".

A prova de Analista Administrativo do TRT/MS elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "O Judiciário sempre pode revogar os atos discricionários que se verificam inconvenientes e inoportunos, com efeitos *ex nunc*".

A prova da Magistratura do Trabalho – 24ª Região/2007 considerou CORRETA a afirmação: "O objeto da revogação é um ato administrativo válido ou uma relação jurídica válida dele decorrente. Na revogação não se busca restaurar legitimidade violada, mas atender a uma conveniência administrativa".

4.15.1.2 Objeto do ato revocatório

O ato revocatório é expedido somente para extinguir ato administrativo ou relação **jurídica** anterior. Essa é sua finalidade específica.

Ato discricionário (ato primário) → Causa superveniente → Ato revocatório (ato secundário) → Extinção do ato primário (efeito do ato revocatório)

Assim, o **ato passível de revogação** é um ato **perfeito e eficaz**, destituído de qualquer **vício**. Além disso, a revogação **só pode extinguir atos discricionários**

porque atos vinculados não admitem reavaliação do interesse público. Tecnicamente, a revogação só atinge o ato em si quando este for geral e abstrato. Sendo **ato concreto**, a revogação **extingue os efeitos**, e não o próprio **ato**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/AL considerou CORRETA a afirmação: "No Município X, determinado terreno é objeto de um decreto declarando-o de utilidade pública, para fins de desapropriação, para a construção de uma escola. Entretanto, por não ser mais conveniente e oportuna essa construção, cabe ao Prefeito editar decreto de revogação".

4.15.1.3 Fundamento e motivo da revogação

A justificativa sistêmica para a Administração **revogar seus atos** é a própria **natureza discricionária da competência** que permite reavaliar conveniência e oportunidade da permanência de um ato perfeito e **eficaz**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/SP considerou CORRETA a afirmação: "A revogação do ato administrativo praticado pelo Poder Executivo insere-se na competência da própria Administração Pública".

O motivo da revogação é a **superveniência de fato novo** impondo outro juízo sobre o interesse público relativo ao ato praticado.

> IMPORTANTE: O ato revocatório **deve ser fundamentado**, apresentando-se qual foi o fato superveniente justificador da revogação. Não havendo comprovação do fato novo, o ato revocatório deve ser anulado administrativa ou judicialmente. A mera alegação de "interesse público" não é suficiente para revogar.

4.15.1.4 Efeitos da revogação

Nenhum ato válido nasce contrário ao interesse público. Em um dado momento de vida, **o ato se torna inconveniente e inoportuno**. Por isso, o Direito preserva os efeitos produzidos pelo ato até a data de sua revogação. Daí falar-se que a revogação produz **efeitos futuros, não retroativos, *ex nunc*** ou **proativos**.

A prova de Analista Administrativo do TRT/MS elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "É prerrogativa exclusiva da Administração Pública revogar, com efeitos retroativos, os atos administrativos vinculados eivados de vício ou defeitos".

4.15.1.5 Natureza do ato revocatório

O ato revocatório é ato **secundário, constitutivo** e **discricionário**.

4.15.1.6 Forma do ato revocatório

O ato revocatório deve ter obrigatoriamente **a mesma forma do ato revogado**.

4.15.1.7 Natureza da revogação

Ao afirmar que a Administração "pode" revogar seus atos inconvenientes, o art. 53 da Lei n. 9.784/99 reafirmou a **natureza de poder**, e não de dever.

4.15.1.8 Características da competência revocatória

A competência para revogar atos administrativos é **intransmissível, irrenunciável e imprescritível**.

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP considerou CORRETA a afirmação: "Sendo um dos requisitos do ato administrativo, a competência é irrenunciável".

A prova de Analista Administrativo do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A revogação opera efeitos *ex nunc* e não alcança os atos administrativos que exauriram os seus efeitos".

A prova de Analista Judiciário do TRT/PI feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Não podem ser revogados os atos que exauriram seus efeitos; como a revogação opera efeitos para o futuro, impedindo que o ato continue a produzir efeitos, se o ato já exauriu, não haverá razão para a revogação".

Tratando da impossibilidade de revogação de atos preclusos, a prova da OAB/SC considerou CORRETA a afirmação: "A Administração Pública pode revogar a licitação, em virtude de critérios de ordem administrativa, ou por razões de interesse público. Nessa hipótese, deverá sempre justificar os motivos de sua decisão. Todavia, não vale, como justificativa, a alegação de interesse público no desfazimento do que já existia antes do início do processo licitatório".

4.15.1.9 Limites ao poder de revogar

A doutrina menciona vários tipos de atos administrativos que **não podem ser revogados**, tais como:

a) atos que geram **direito adquirido**;

b) atos já **exauridos**;

c) atos **vinculados**, como não envolvem juízo de conveniência e oportunidade, não podem ser revogados;

d) atos **enunciativos** que apenas declaram fatos ou situações, como certidões, pareceres e atestados;

e) atos **preclusos** no curso de **procedimento administrativo**: a preclusão é óbice à revogação.

4.15.1.10 Revogação de atos complexos

Quando o ato administrativo depende, para sua formação, da conjugação de vontades de mais de um órgão da Administração (ato complexo), a revogação **será possível** somente com a **concordância de todos os órgãos envolvidos** na prática do ato.

4.15.1.11 Anulação da revogação: possibilidade

Se o ato revocatório for praticado em desconformidade com as exigências do ordenamento, pode ser anulado. É a anulação da revogação, possível na esfera administrativa e na judicial.

4.15.1.12 Revogação da revogação: polêmica

Bastante controvertida é a discussão sobre a possibilidade de revogação do ato revocatório. Sendo discricionário, o **ato revocatório** em princípio **pode ser revogado**. Mas a doutrina majoritária **nega efeito repristinatório** à revogação da revogação. Assim, o ato revogador da revogação não ressuscita o primeiro ato revogado, podendo apenas representar um novo ato baseado nos mesmos fundamentos do ato inicial. O certo é que a eficácia da revogação é sempre proativa, de modo que a revogação ao ato revogatório **só produz efeitos futuros**, faltando-lhe o poder de restaurar retroativamente a eficácia do primeiro ato revogado.

4.15.1.13 Revogação da anulação: impossibilidade

O ato anulatório tem natureza vinculada, sendo insuscetível de revogação. Por tal motivo, **é impossível revogar a anulação**.

4.15.1.14 Anulação da anulação: possibilidade

Tendo algum defeito, o **ato anulatório pode ser anulado** perante a Administração ou o Judiciário.

4.15.1.15 Revogação e dever de indenizar

A doutrina **admite a possibilidade** de indenização aos particulares prejudicados pela revogação, desde que tenha ocorrido a extinção antes do prazo eventualmente fixado para permanência da vantagem.

A revogação de **atos precários** ou de **vigência indeterminada não gera, porém, dever de indenizar**, pois neles a revogabilidade a qualquer tempo é inerente à natureza da vantagem estabelecida.

Entendendo que "invalidação" é um gênero que comporta as espécies "anulação" e "revogação", a prova de Controladoria-Geral da União feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Um determinado ato administrativo, tido por ilegal, não chega a causar dano ou lesão ao direito de alguém ou ao patrimônio público, mas a sua vigência e eficácia, por ter caráter normativo continuado, pode vir a prejudicar o bom e regular funcionamento dos serviços de certo setor da Administração, razão pela qual, para a sua invalidação, torna-se particularmente cabível e/ou necessário aplicar o instituto da anulação".

4.15.2 Anulação ou invalidação

Anulação ou invalidação é a extinção de um **ato ilegal**, determinada pela Administração ou pelo Judiciário, com eficácia retroativa – *ex tunc*.

A prova de Analista Administrativo do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A anulação deve ocorrer quando há vício no ato, relativo à legalidade ou à legitimidade".

Esse é o conceito que se pode extrair do art. 53 da Lei n. 9.784/99 ("**a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade**, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os **direitos adquiridos**") e da Súmula 473 do STF ("**a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos**; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial").

A prova da OAB/RO considerou CORRETA a afirmação: "A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos".

4.15.2.1 Competência para anular

Ao contrário da revogação, a anulação pode ter como sujeito ativo a **Administração** ou o **Poder Judiciário**.

Os fundamentos da anulação administrativa são o poder de **autotutela** e o **princípio**

A prova de Analista Administrativo do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não pode anular ato administrativo, só pode revogá-lo".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/AL considerou CORRETA a afirmação: "Valendo-se de documentos falsos um munícipe logra obter a aprovação de um loteamento junto à Prefeitura Municipal. Constatado o vício, que torna nulo o ato administrativo, a anulação pode ser feita pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário".

A prova de Analista do MPU feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O ato administrativo goza da presunção de legitimidade, mas, quando dele decorrerem efeitos favoráveis para seus destinatários e estiver eivado de vício insanável de legalidade, a Administração tem o direito de anulá-lo no prazo decadencial de cinco anos".

A prova da OAB/RO considerou CORRETA a afirmação: "O direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

da legalidade, tendo **prazo decadencial** de **cinco anos** para ser decretada. Nesse sentido, prescreve o art. 54 da Lei n. 9.784/99: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada **má-fé**".

Já a anulação via Poder Judiciário é decorrente do **controle externo** exercido sobre a atividade administrativa e sujeita-se ao **prazo prescricional** de **cinco anos** (art. 1º do Decreto n. 20.910/**32**).

4.15.2.2 Objeto e natureza do ato anulatório

A anulação do ato administrativo ilegal também constitui ato administrativo. É o chamado ato anulatório.

A prova de Analista Administrativo do TRT/SP elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Os atos vinculados não são passíveis de anulação".

O ato anulatório é praticado para extinguir ato administrativo anterior, podendo este ser **vinculado** ou discricionário.

Ato administrativo (ato primário) → Defeito → Ato anulatório (ato secundário) → Extinção do ato primário (efeito do ato anulatório)

O **ato passível de anulação** é um ato administrativo **ilegal, defeituoso**.

O ato anulatório é **secundário, constitutivo** e **vinculado**.

4.15.2.3 Efeitos da anulação

O ato nulo já nasce contrariando o ordenamento jurídico. Não há nulidade superveniente. Assim, a anulação deve desconstituir os efeitos desde a data da prática do ato administrativo defeituoso. É por isso que a anulação produz **efeitos retroativos, passados, *ex tunc*** ou **pretéritos**.

A prova de Procurador do INSS elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Para as partes envolvidas, os efeitos da anulação de um ato administrativo retroagem à data da prática do ato ilegal. Apesar da anulação, porém, admite-se a produção de efeitos válidos em relação a terceiro de boa-fé, podendo o ato anulado ensejar, por exemplo, uma ação de reparação de dano".

A anulação de **atos unilaterais ampliativos** e a dos **praticados pelo funcionário de fato**, desde que nos dois casos seja comprovada a **boa-fé**, terá, entretanto, **efeitos *ex nunc***.

4.15.2.3.1 Modulação dos efeitos anulatórios

Bastante inovadora é a possibilidade discricionária, aceita por alguns doutrinadores,

de a Administração Pública **reduzir a extensão dos efeitos da anulação** se a modulação for a melhor solução para defender o **interesse público** e a **segurança jurídica**.[46]

4.15.2.4 Forma do ato anulatório

O ato anulatório deve observar a **mesma forma** utilizada para a prática **do ato anulado**.

4.15.2.5 Natureza da competência anulatória

O art. 53 da Lei n. 9.784/99 afirma que a Administração "deve" anular seus atos ilegais. Daí concluir-se que anulação é um **dever da Administração**, e não uma simples faculdade.

4.15.2.6 Anulação e indenização

Em princípio, a anulação de ato administrativo **não gera dever de indenizar o particular prejudicado**, exceto se comprovadamente sofreu dano especial para a ocorrência do qual não tenha colaborado.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "A anulação de um ato administrativo, em regra, implica o dever da Administração de indenizar o administrado pelos prejuízos decorrentes da invalidação do ato".

4.15.2.7 Limites ao dever anulatório

A doutrina considera que a anulação não pode ser realizada quando: a) **ultrapassado o prazo legal**; b) houver **consolidação dos efeitos produzidos**; c) for mais conveniente para o interesse público manter a situação fática já consolidada do que determinar a anulação (**teoria do fato consumado**); d) houver **possibilidade de convalidação**.

4.15.2.8 Comparação entre revogação e anulação

De tudo quanto foi dito nos itens anteriores, podem ser destacadas várias diferenças entre revogação e anulação. Convém reforçar as mais importantes, conforme quadro a seguir.

A prova de Analista Financeiro da CGU feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Quanto à aplicação de princípios constitucionais em processos administrativos, é entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, constituindo súmula vinculante para toda a Administração e Tribunais inferiores, que, nos processos perante o Tribunal de Contas da União, asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, sem exceção".

---

[46] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 230.

Quadro comparativo entre anulação e revogação

	Anulação	Revogação
Motivo	Ilegalidade	Conveniência e oportunidade (interesse público)
Competência	Administração e Poder Judiciário	Somente a Administração
Efeitos	Retroativos (*ex tunc*)	Não retroativos (*ex nunc*)
Ato que realiza	Ato anulatório	Ato revocatório
Natureza	Decisão vinculada	Decisão discricionária
Alcance	Atos vinculados e atos discricionários	Atos discricionários perfeitos e eficazes
Prazo	5 anos	Não tem
Dica especial	Anulação de atos ampliativos e dos praticados por funcionário de fato tem efeitos *ex nunc*	A revogação só pode ser realizada com a superveniência de fato novo que deve constar da motivação do ato revocatório

A prova de Analista Financeiro feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "No âmbito das teorias relativas à invalidação do ato administrativo, entende-se a figura da cassação como a retirada do ato, porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de dar continuidade à situação jurídica".

4.15.3 Cassação

É a modalidade de extinção do ato administrativo que ocorre quando o administrado **deixa de preencher condição necessária** para permanência da vantagem. Exemplo: habilitação cassada porque o condutor ficou cego.

A prova de Delegado da Polícia Federal elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Ocorre a extinção do ato administrativo por caducidade quando o ato perde seus efeitos jurídicos em razão de norma jurídica superveniente que impede a permanência da situação anteriormente consentida".

4.15.4 Caducidade ou decaimento

Consiste na extinção do ato em consequência da **sobrevinda de norma legal proibindo situação** que o ato autorizava. Funciona como uma **anulação** por causa **superveniente**. Como a caducidade não produz efeitos automáticos, é necessária a prática de um ato constitutivo secundário determinando a extinção do ato decaído. Exemplo: perda do direito de utilizar imóvel com fins comerciais com a aprovação de lei transformando a área em exclusivamente residencial.

4.15.5 Contraposição

Ocorre com a expedição de um **segundo ato**, fundado em **competência diversa**, cujos **efeitos são contrapostos** aos do ato inicial, produzindo sua extinção. A contraposição é uma espécie de revogação praticada por autoridade distinta da que expediu o ato inicial. Exemplo: ato de nomeação de um funcionário extinto com a exoneração.

4.15.6 Extinções inominadas

O avançado estágio de desenvolvimento da teoria da extinção do ato administrativo não impede a constatação de situações concretas em que o ato desaparece sem que haja enquadramento em qualquer das modalidades acima referidas. São extinções atípicas ou inominadas. Exemplo: ordem expedida por semáforo tida como sem efeito em razão de ordem contrária determinada por um guarda de trânsito.

4.16 CONVALIDAÇÃO

Convalidação, **sanatória, aperfeiçoamento, convalescimento, sanação, terapêutica, depuração** ou **aproveitamento** é uma forma de **suprir defeitos leves** do ato para preservar sua eficácia. É realizada por meio de um segundo ato chamado **ato convalidatório**. O ato convalidatório tem **natureza vinculada** (corrente majoritária), **constitutiva, secundária** e eficácia ***ex tunc***.

A prova de Analista Financeiro feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Os efeitos da convalidação retroagem à data da prática do ato convalidado".

Assim como a invalidação, a convalidação constitui meio para **restaurar a juridicidade**.

Utilizando o interessante conceito de MEIOS PARA RESTAURAR A JURIDICIDADE, a prova da OAB/SP elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "São meios para restaurar a juridicidade administrativa, e não para adequá-la às mudanças da realidade social, a invalidação e a convalidação, ambas exercidas pela Administração Pública".

O fundamento da convalidação é a preservação da **segurança jurídica** e da **economia processual**, evitando-se que o ato viciado seja anulado e, em decorrência, seus efeitos sejam desconstituídos.

O objeto da convalidação é um ato administrativo, vinculado ou discricionário, possuidor de **vício sanável** ensejador de **anulabilidade**. Atos inexistentes, nulos ou irregulares nunca podem ser convalidados.

Entendendo que a convalidação SOMENTE PODE RATIFICAR O ATO INTEIRO, a prova da OAB/MS considerou INCORRETA a afirmação: "Convalidação é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los, no todo ou em parte".

São passíveis de convalidação os atos com defeito na **competência** ou na **forma**. Defeitos no objeto, motivo ou finalidade são insanáveis, obrigando a anulação do ato. José dos Santos Carvalho Filho, no entanto, admite convalidação de ato com vício no objeto, motivo ou finalidade quando se tratar de ato plúrimo, isto é, "quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício".[47]

Entendendo que incompetência em razão da matéria é vício do OBJETO, a prova de Analista Financeiro feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Não se admite convalidação quando o ato está viciado por incompetência em razão da matéria".

A prova de Analista Financeiro feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A convalidação de ato viciado quanto à forma é possível, desde que esta não seja essencial à validade do ato".

[47] *Manual de direito administrativo*, p. 159.

O art. 55 da Lei n. 9.784/99 disciplina a convalidação nos seguintes termos: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os **atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados** pela própria Administração".

A prova da OAB/RO considerou CORRETA a afirmação: "Em decisão na qual se evidencie não acarretar lesão ao interesse público, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração".

Ao afirmar que os atos com defeitos sanáveis "poderão ser convalidados", a **Lei do Processo Administrativo** abertamente tratou da convalidação como faculdade, uma **decisão discricionária**. A solução é absurda porque traz como consequência aceitar a anulação do ato também uma opção discricionária. Se a convalidação é escolha discricionária, então o outro caminho possível diante do ato viciado (anulação) igualmente seria escolha discricionária. Mas isso contraria frontalmente a natureza jurídica da anulação. É por isso que a **doutrina** considera a convalidação como um **dever**, uma **decisão vinculada**.

Adotando a solução da Lei n. 9.784/99, a prova de Analista Financeiro feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O ato de convalidação classifica-se como ato discricionário".

O argumento principal em prol da natureza vinculada da **convalidação** é que em favor dela concorrem dois valores jurídicos: a **economia processual** e a **segurança jurídica**; enquanto o argumento pela **anulação** é abonado somente pelo **princípio da legalidade**.[48] Portanto, para a lei, a convalidação é um poder; para a doutrina, um dever.

Celso Antônio Bandeira de Mello, entretanto, identifica um único caso em que a **convalidação** seria **discricionária: vício de competência em ato de conteúdo discricionário**.[49]

Existem **três espécies** de convalidação:

a) ratificação: quando a convalidação é realizada pela **mesma autoridade** que praticou o ato;

b) confirmação: realizada por **outra autoridade**;

c) saneamento: nos casos em que o **particular** é quem promove a sanatória do ato.

Reconhecendo ser a prescrição hipótese de confirmação, a prova de Analista Judiciário do TRT/PB considerou CORRETA a afirmação: "É caracterizada como hipótese de confirmação a que se dá em decorrência da prescrição do direito de anular o ato administrativo".

A prova da Procuradoria do Distrito Federal/2007 considerou CORRETA a afirmação: "Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua Teoria do aperfeiçoamento da relação jurídica com defeito de legalidade, formula o conceito de fato sanatório, o qual ocorre com a consumação da prescrição, tanto introversa quanto extroversa".

Quanto aos **limites**, não podem ser objeto de convalidação os atos administrativos:

a) com vícios no **objeto, motivo e finalidade**;

b) cujo defeito **já tenha sido impugnado** perante a Administração Pública ou o Poder Judiciário;

---

48 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 68.

49 *Curso de direito administrativo*, p. 165.

c) com defeitos na competência ou na forma, quando **insanáveis**;

d) portadores de **vícios estabilizados** por força de **prescrição** ou **decadência**;

e) cuja convalidação possa causar **lesão ao interesse público**;

f) em que a convalidação pode ilegitimamente **prejudicar terceiros**;

g) se a existência do vício invalidante for imputada à parte que presumidamente se beneficiará do ato;[50]

h) se o defeito for grave e manifesto (teoria da evidência).[51]

Por fim, sendo ato administrativo vinculado, o ato convalidatório **pode ser anulado**, mas **não revogado**.

4.16.1 Teoria dos atos sanatórios

Diogo de Figueiredo Moreira Neto construiu uma teoria bastante sofisticada para tratar do "aperfeiçoamento da relação jurídico-administrativa com defeito de legalidade".[52]

Segundo o autor, a **sanatória voluntária** (convalidação) possui três modalidades:

a) ratificação: corrige defeito de competência;

b) reforma: elimina a parte viciada de um ato defeituoso;

c) conversão administrativa: a Administração transforma um ato com vício de legalidade, aproveitando seus elementos válidos, em um novo ato. O autor reconhece ainda a possibilidade de uma conversão legislativa, promovida, não por meio de ato administrativo, mas por força de lei.

Além das modalidades voluntárias, o referido administrativista faz referência à **sanatória não voluntária** ou **fato sanatório**, nomes atribuídos aos institutos da prescrição e da decadência, que operam a estabilização de defeitos do ato administrativo pelo transcurso de um prazo legal associado à inércia do titular do direito à impugnação.

4.17 CONVERSÃO

Conversão é o **aproveitamento de ato defeituoso como ato válido** de outra categoria. Exemplo: contrato de concessão outorgado mediante licitação em modalidade diversa da concorrência convertido em permissão de serviço público.

O ato de conversão é **constitutivo, discricionário** e com **eficácia *ex tunc***.

4.18 QUESTÕES

1. (Magistratura/SP – 2007) A partir da consideração de que atos políticos são os praticados por agentes de governo, são atos governamentais por excelência, e não apenas de adminis-

---

50 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 242.

51 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 242.

52 *Curso de direito administrativo*, p. 241.

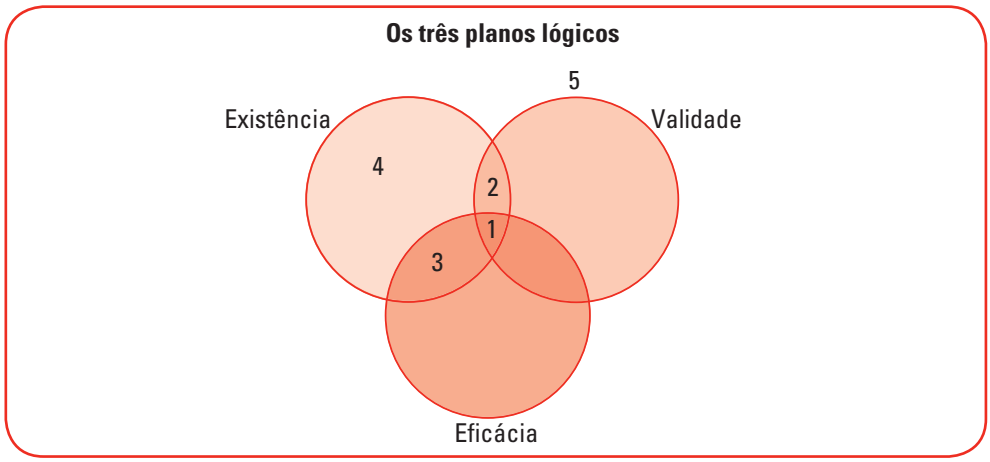
tração, consistem na própria condução dos negócios públicos, e não simplesmente na execução de serviços públicos – daí seu maior discricionarismo –, é correto afirmar que

A) é suficiente a alegação de que se trata de ato político para tolher o controle judicial, pois é vedado ao Poder Judiciário adentrar no exame do mérito do ato administrativo;
B) não há uma categoria de atos políticos, como entidade ontológica autônoma na escala dos atos estatais, nem há um órgão ou poder que os pratique com privatividade;
C) não é ato político o do tribunal que seleciona, na lista sêxtupla encaminhada pelo órgão de representação de classe, os integrantes da lista tríplice para compor o quinto constitucional;
D) não é ato político o do Chefe do Executivo ao conceder indulto e, portanto, inclui-se na categoria dos atos administrativos insuscetíveis de apreciação judicial.

2. (Advogado do Instituto Rio Branco – Esaf) Tício, servidor público de uma Autarquia Federal, aprovado em concurso público de provas e títulos, ao tomar posse, descobre que seria chefiado pelo Sr. Abel, pessoa com quem sua família havia cortado relações, desde a época de seus avós, sem que Tício soubesse sequer o motivo. Depois de sua primeira semana de trabalho, apesar da indiferença de seu chefe, Tício sentia-se feliz, era seu primeiro trabalho depois de tanto estudar para o concurso ao qual se submetera. Qual não foi sua surpresa ao descobrir, em sua segunda semana de trabalho, que havia sido removido para a cidade de São Paulo, devendo, em trinta dias, adaptar-se para se apresentar ao seu novo chefe, naquela localidade. Considerando essa situação hipotética e os preceitos, a doutrina e a jurisprudência do Direito Administrativo brasileiro, assinale a única opção correta.

A) A conduta do Sr. Abel não merece reparos, posto que amparada pela lei.
B) O Sr. Abel agiu com excesso de poder, razão pela qual seu ato padece de vício.
C) O Sr. Abel agiu corretamente, na medida em que Tício ainda se encontrava em estágio probatório.
D) O Sr. Abel incidiu em desvio de finalidade, razão pela qual o ato por ele praticado merece ser anulado.
E) Considerando que o ato do Sr. Abel padece de vício, o mesmo deverá ser revogado.

3. (Delegado da Polícia Federal) Em relação aos atos administrativos, considere os seguintes conceitos, cujos âmbitos estão graficamente representados abaixo:



Conceito a) perfeição: qualidade do ato cujo ciclo de produção completou-se.
Conceito b) eficácia: qualidade do ato apto a produzir seus efeitos.
Conceito c) validade: qualidade do ato conforme o ordenamento jurídico.

Em face desses conceitos, julgue com VERDADEIRO ou FALSO os itens seguintes:

1) Quanto ao conceito de eficácia, o gráfico está errado em parte, pois todo ato válido é eficaz.
2) Quanto ao conceito de perfeição, o gráfico está errado em parte, pois todo ato perfeito é eficaz.
3) Todo ato eficaz é perfeito.
4) Pode haver ato eficaz e inválido.
5) Nem todo ato perfeito é válido.

4. (Magistratura/SP – 2007) É reconhecido à Administração o poder de executar direta e imediatamente seus atos imperativos, independentemente de pedido cominatório ou mandado judicial. Tal processo executório tem cabimento quando as circunstâncias indicam a necessidade premente da obtenção do fato ou coisa. Atua pela atualização, por parte do administrador, dos chamados meios diretos de coerção administrativa, de modo a tornar possível obter, por coação absoluta, a própria prestação exigida do administrado, ou, na sua impossibilidade, outra equivalente. Isso significa a possibilidade direta de

I. cobrança contenciosa de multa ou sanção pecuniária;
II. interdição de atividade ilegal;
III. embargo de obra clandestina;
IV. demolição de obra clandestina;
V. inutilização de gêneros alimentícios impróprios para o consumo;
VI. reintegração imediata de posse de imóvel público.

São verdadeiros apenas os itens

A) I, II, IV e VI.
B) II, III, V e VI.
C) II, III, IV e V.
D) I, III, IV e VI.

5. (Delegado/SC – 2008) Complete as lacunas na frase a seguir e assinale a alternativa correta: _____ é o efeito mediato do ato, é o objetivo decorrente do interesse coletivo e indicado pela lei, buscado pela Administração. _____ é pressuposto de fato e direito que leva a Administração a praticar o ato. Já a _____ é um aspecto formal que constitui garantia jurídica para o administrado e para a Administração, possibilitando o controle do ato.

A) Motivo – Objeto – competência.
B) Finalidade – Objeto – competência.
C) Objeto – Finalidade – forma.
D) Finalidade – Motivo – forma.

6. (Auditor Fiscal da Receita Federal – 2003 – Esaf) Conforme a doutrina, o ato administrativo, quando concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora, classifica-se como:

A) perfeito, válido e eficaz;
B) perfeito, válido e ineficaz;
C) perfeito, inválido e eficaz;
D) perfeito, inválido e ineficaz;
E) imperfeito, inválido e ineficaz.

7. (Ministério Público/MS – 2006) O regime jurídico administrativo consiste em um conjunto de princípios e regras que balizam o exercício das atividades da Administração Pública, tendo por objetivo a realização do interesse público. Vários institutos jurídicos integram este regime. Assinale, entre as situações abaixo, aquela que não decorre da aplicação de tal regime.

A) Cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.
B) Autoexecutoriedade do ato de polícia administrativa.
C) Veto presidencial à proposição de lei.
D) Natureza estatutária do regime jurídico prevalente do serviço público.
E) Concessão de imissão provisória na posse em processo expropriatório.

8. (Analista Judiciário – TRT/MG – FCC) Para responder às próximas duas questões, considere a seguinte situação: Para contratar, pelo regime da Lei n. 8.666/93, a compra de materiais de escritório, no valor de R$ 12.000,00, e uma obra no valor de R$ 20.000,00, uma sociedade de economia mista federal decide pela inexigibilidade de licitação por motivo do valor. Posteriormente, invocando nulidade nos contratos assim celebrados, a autoridade administrativa competente decide revogá-los de ofício. Todavia, alegando tratar-se de ato discricionário o ato de revogação, tal autoridade não motiva. Em defesa, as empresas que haviam sido contratadas recorrem ao Presidente da República que, sendo autoridade hierarquicamente superior ao dirigente da sociedade de economia mista, poderia, em nome da imperatividade dos atos administrativos, reconsiderar a decisão de seu subordinado.
Quanto à ausência de motivação do ato em questão,

A) configura-se propriamente hipótese em que a motivação é dispensada, dado o caráter discricionário do ato;
B) equivoca-se a autoridade, pois a desnecessidade de motivação não decorre necessariamente da natureza discricionária do ato;
C) equivoca-se a autoridade, posto que todo ato administrativo deve ser motivado, sob pena de nulidade;
D) equivoca-se a autoridade, posto que todo ato administrativo deve ser motivado, sob pena de ser considerado anulável;
E) equivoca-se a autoridade, pois apenas os atos vinculados dispensam motivação.

9. Quanto ao emprego da noção de imperatividade dos atos administrativos na situação proposta, tal noção foi

A) adequadamente invocada;
B) inadequadamente invocada, sendo a autoexecutoriedade o mecanismo que melhor se aplica à situação;
C) inadequadamente invocada, sendo a autotutela o mecanismo que melhor se aplica à situação;
D) inadequadamente invocada, sendo a presunção de veracidade o mecanismo que melhor se aplica à situação;
E) inadequadamente invocada, sendo a presunção de legalidade o mecanismo que melhor se aplica à situação.

10. (OAB/SP – 120º) São requisitos de validade do ato administrativo:

A) competência, conveniência, finalidade, motivo e objetivo;
B) forma, competência, finalidade, motivo e objeto;
C) imperatividade, competência, legitimidade, motivo e objeto;
D) forma, competência, finalidade, oportunidade e objeto.

11. (Técnico Judiciário – TRT/PB – FCC) A licença caracteriza-se como o ato administrativo

A) bilateral e discricionário, que proporciona ao particular que preencha os requisitos legais a fruição de certo bem público;
B) unilateral, discricionário e precário, segundo o qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de determinado bem público;
C) unilateral e vinculado, pelo qual a Administração Pública faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade;
D) unilateral, discricionário, precário e gratuito, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público;
E) unilateral e vinculado, segundo o qual a Administração pública reconhece a legalidade de um ato jurídico.

12. (OAB/RS) O Banco Central do Brasil instaurou processo administrativo contra XYZ Administradora de Consórcios pela prática de irregularidades na contabilização e na aplicação de recursos captados junto aos consorciados. Além disso, considerando o caráter precário da autorização para atuar no mercado de consórcios, proibiu a constituição de novos grupos. Intimada, a empresa admitiu as irregularidades, mas negou ter agido de má-fé. Ao mesmo tempo em que se comprometeu a corrigir as falhas apresentadas, adequando sua conduta às exigências da autoridade reguladora, solicitou que fosse suspensa a proibição de abrir novos grupos de consórcio. O atendimento desse pleito é juridicamente

A) vedado, pois, uma vez suspensa a autorização concedida a título precário, somente cabe revisar o ato restritivo se presentes vícios que determinem sua anulação;
B) possível, desde que se verifiquem os pressupostos de convalidação da autorização original;
C) possível, pois a revogação da proibição é, como esta, ato discricionário;
D) impossível, pois somente o Poder Judiciário pode, em juízo de conveniência e oportunidade, rever o ato restritivo.

13. (Técnico Judiciário – TRT/PB – FCC) O ato administrativo praticado no exercício da competência discricionária

A) pode ser revogado pelo Judiciário ou Legislativo quando inadequado ou inoportuno;
B) não é passível de controle judicial, administrativo ou legislativo;
C) pode ser apreciado judicialmente, desde que sobre o mérito;
D) não goza do atributo da presunção de legitimidade;
E) pode ser passível de apreciação judicial quanto aos aspectos de legalidade.

14. (Analista Financeiro – Esaf) Tratando-se de convalidação do ato administrativo é incorreto afirmar que:

A) O ato de convalidação classifica-se como ato discricionário.
B) Os efeitos da convalidação retroagem à data da prática do ato convalidado.
C) É factível a convalidação quando se tratar de vício quanto ao motivo.
D) Não se admite convalidação quando o ato está viciado por incompetência em razão da matéria.
E) A convalidação de ato viciado quanto à forma é possível, desde que esta não seja essencial à validade do ato.

15. (OAB/SP – 129º) Um secretário municipal, sob o argumento de reestruturar o sistema de ensino do Município, removeu uma diretora de escola municipal para um bairro distante. Inconformada, a diretora recorreu ao Prefeito, alegando que a sua remoção ocorrera

unicamente porque seu marido teria brigado com o secretário. O que deve o Prefeito fazer, se confirmado o alegado pela diretora?

A) Editar ato administrativo avocatório, desconcentrando a eficácia do ato de remoção.
B) Convalidar o ato, com efeito retroativo, corrigindo o desvio de poder.
C) Revogar o ato, com efeito retroativo.
D) Declarar nulo o ato da remoção, com efeito retroativo.

16. (Analista Administrativo – TRT/MS – FCC) O atributo da imperatividade garante que os atos administrativos obrigacionais sejam

A) revogados pela própria Administração, em razão de seu poder de autotutela;
B) executados pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário;
C) considerados verdadeiros e conforme o ordenamento jurídico;
D) convalidados ante a constatação de sua nulidade absoluta, com efeitos *ex nunc*;
E) impostos a terceiros, independentemente de sua concordância.

17. (OAB/SP – 130º) Um instituto educacional teve indeferido, pelo Ministro da Educação, seu pedido de autorização para funcionamento de cursos de graduação nas áreas de Ciências Humanas, sob o sucinto despacho de que os referidos cursos seriam "desnecessários" e que haveria, na mesma área, "excesso de oferta de vagas por outras instituições". Há condições de se conseguir, em juízo, a anulação do ato do Ministro?

A) Sim, desde que o ato discricionário do Ministro afronte dispositivo legal, visto que o Poder Judiciário não tem condições de substituir o Executivo para analisar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo.
B) Não, porque a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, bem como a Lei de Procedimentos Administrativos, dão competência discricionária, de cunho totalmente subjetivo, ao Ministro da Educação, para indeferir autorização para funcionamento de cursos de graduação, sem necessidade de explicitação expressa.
C) Sim, comprovando, por exemplo, que o ato discricionário do Ministro é ilegal, por falta de motivação suficiente, eis que não fundamenta as razões nem explicita a adequação da decisão em face do interesse público.
D) Não, porque a motivação, na edição do ato administrativo discricionário, pode restringir-se à mera referência a prejuízo ao interesse público, sem necessidade de explicitação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que lhe dão base.

18. (Técnico Judiciário – TRT/SP) Sendo um dos requisitos do ato administrativo, a competência é

A) modificável por vontade do agente;
B) transferível;
C) irrenunciável;
D) prescritível;
E) de exercício não obrigatório.

19. (OAB/MG – 2007.1) Quanto à extinção do ato administrativo, é correto afirmar:

A) o ato administrativo praticado por agente incompetente deve ser revogado;
B) a revogação só incide sobre ato administrativo vinculado;

C) um ato administrativo perfeito e eficaz pode tanto ser anulado ou revogado, conforme o caso;
D) a anulação do ato administrativo opera efeitos *ex nunc*.

20. (Técnico Judiciário – TRT/SP) No que concerne aos atributos do ato administrativo, é INCORRETO afirmar que a
A) presunção de legitimidade depende de previsão legal;
B) presunção de legitimidade do ato administrativo é relativa;
C) imperatividade implica que a imposição do ato independe da anuência do administrado;
D) autoexecutoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração;
E) presunção de legitimidade não impede o questionamento do ato administrativo perante o Poder Judiciário.

21. (OAB/MG – 2007.1) Marque a alternativa que apresenta um exemplo de ato administrativo vinculado:
A) Desapropriação de imóvel para construção de um hospital, desde que haja previsão orçamentária.
B) Nomeação de servidor efetivo para ocupar cargo destinado às atribuições de direção, chefia ou assessoramento.
C) Revogação de decreto municipal que proíbe o trânsito de veículos pesados no centro de uma cidade.
D) Anulação de aposentadoria voluntária, por vício de legalidade quanto ao objeto.

22. (Técnico Judiciário – TRT/MS – FCC) Sobre o controle dos atos administrativos, pode-se afirmar que o ato editado com vício de legalidade
A) só pode ser anulado por decisão judicial em ação autônoma;
B) só pode ser anulado ou invalidado pela própria Administração Pública, pois só ela detém o poder de autotutela;
C) pode ser anulado ou invalidado pela própria Administração Pública, assim como pelo Poder Judiciário;
D) pode ser anulado pela própria Administração, desde que ocorra ratificação pelo Poder Judiciário;
E) não pode ser anulado pela Administração Pública, na hipótese de ter ele produzido efeito.

23. (OAB/SP – 132º) Após o órgão ambiental ter autorizado o Governo a implantar a transposição das águas do Rio São Francisco, e tendo a Administração Pública iniciado os respectivos trabalhos, constatou-se que os laudos do órgão ambiental foram sustentados em erros que poderiam prejudicar a implementação do projeto. Em face disso, a autoridade ambiental
A) deve declarar nula sua decisão autorizativa, o que determinará a suspensão da obra até posterior nova decisão;
B) deve revogar a licença concedida, após ouvir as partes interessadas;
C) deve obter decisão do Poder Judiciário para revogar a licença concedida;
D) não pode anular ou revogar a licença, por se tratar de ato jurídico perfeito e porque a Administração já teria iniciado os trabalhos.

24. (Técnico Judiciário – TRT/SP) Sobre o conceito de ato administrativo, é correto afirmar:
A) O ato administrativo não produz efeitos jurídicos imediatos.
B) Ato praticado por concessionário de serviço público, mesmo no exercício de prerrogativas públicas, não caracteriza ato administrativo.

C) Qualquer manifestação de vontade ou declaração da Administração configura ato administrativo.
D) Todo ato administrativo retrata manifestação bilateral de vontades.
E) Quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo Direito Civil ou Comercial, coloca-se no plano dos particulares.

25. (OAB/MG) São sempre vinculados os seguintes elementos do ato administrativo:
A) sujeito e objeto;
B) objeto e finalidade;
C) forma e motivo;
D) sujeito e finalidade.

26. (Analista Judiciário – TRT/SP – 2008) Sobre as espécies do ato administrativo, considere:
I. Licença é ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade.
II. Permissão é ato administrativo vinculado e definitivo, pelo qual a Administração consente que o particular execute serviço de utilidade pública ou utilize privativamente bem público.
III. Autorização é ato administrativo pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse.
É correto o que consta APENAS em
A) I e II.
B) I e III.
C) I, II e III.
D) II.
E) II e III.

27. (Assistente Jurídico da AGU) Assinale a letra que contenha a ordem que expresse a correlação correta:
1. ato vinculado;
2. ato discricionário.
( ) aposentadoria compulsória por implemento de idade
( ) gradação de penalidade em processo administrativo
( ) revogação de processo licitatório
( ) exoneração de servidor em estágio probatório
( ) concessão de alvará para atividade comercial
A) 2, 1, 1, 2, 2
B) 1, 2, 2, 1, 1
C) 2, 2, 2, 1, 1
D) 1, 2, 1, 2, 1
E) 1, 1, 2, 2, 2

28. (Analista Financeiro da Receita Federal – Esaf) Consoante a legislação federal, é falso afirmar-se quanto à convalidação do ato administrativo:
A) decorre de poder discricionário;
B) somente se aplica em atos com vícios sanáveis;
C) não pode se dar por ato jurisdicional;
D) pode ocorrer em hipótese de desvio de finalidade;
E) não se aplica a atos que tenham acarretado prejuízo a terceiros.

29. (OAB/MS) Analise as proposições abaixo e assinale a alternativa correta:
São atributos do ato administrativo:
I. o seu objeto, que deve ser lícito, possível e em consonância com o princípio da moralidade;
II. finalidade, vez que todo ato administrativo contém um resultado que a Administração pretende alcançar;
III. imperatividade, vez que os atos administrativos impõem-se a terceiros, independentemente de sua concordância;
IV. tipicidade, vez que os atos administrativos devem estar descritos em lei para serem praticados.

A) Todas as assertivas estão corretas.
B) Todas as assertivas estão incorretas.
C) Apenas I e III estão corretas.
D) Apenas I e II são incorretas.

30. (Controladoria Geral da União – 2006 – Esaf) No conceito de ato administrativo, arrolado pelos juristas pátrios, são assinaladas diversas características. Aponte, no rol abaixo, aquela que não se enquadra no referido conceito.

A) Provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais.
B) É exercido no uso de prerrogativas públicas, sob regência do Direito Público.
C) Trata-se de declaração jurídica unilateral, mediante manifestação que produz efeitos de direito.
D) Consiste em providências jurídicas complementares da lei, em caráter necessariamente vinculado.
E) Sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional, por não apresentar caráter de definitividade.

31. (Analista Judiciário – TRT/SP – 2008) O juízo de conveniência e oportunidade, presente no ato discricionário, compreende o mérito administrativo,

A) ficando o agente público sujeito aos termos da lei quanto às condições e ao momento da prática do ato;
B) ficando ao arbítrio do agente público a prática do ato;
C) mas o agente público deve obedecer a todos os elementos estabelecidos na lei para a prática do ato;
D) mas não afasta a necessidade de submissão do agente público ao princípio da legalidade e ao atendimento do interesse público;
E) ficando ao talante do agente público a conduta quanto à finalidade da norma.

32. (Controladoria Geral da União – Esaf) Um determinado ato administrativo, tido por ilegal, não chega a causar dano ou lesão ao direito de alguém ou ao patrimônio público, mas a sua vigência e eficácia, por ter caráter normativo continuado, pode vir a prejudicar o bom e regular funcionamento dos serviços de certo setor da Administração, razão pela qual, para a sua invalidação, torna-se particularmente cabível e/ou necessário

A) aplicar o instituto da revogação;
B) aplicar o instituto da anulação;
C) aguardar reclamação ou recurso cabível;
D) o uso da ação popular;
E) o uso do mandado de segurança.

33. (Especialista em Gestão Pública – Esaf) No âmbito do regime jurídico-administrativo, a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública não se caracteriza por

A) classificar-se como presunção absoluta;
B) admitir a execução imediata da decisão administrativa;
C) ter o efeito de inverter o ônus da prova;
D) criar obrigações para o particular, independente de sua aquiescência;
E) admitir prova em contrário.

34. (OAB/RS) Sobre o desfazimento dos atos administrativos, segundo entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência, assinale a assertiva correta:

A) A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
B) A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; mas não pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, porque devem ser respeitados os direitos adquiridos e a expectativa de direitos daqueles que, cedo ou tarde, poderão vir a ser beneficiados pelo ato revogado.
C) A Administração não pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, ou mesmo revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, porque isso implicaria exercício de autotutela administrativa, expressamente vedada em nosso ordenamento jurídico.
D) A Administração pode revogar seus atos quando inconvenientes ou inoportunos, porque a revogação é ato discricionário, mas jamais poderá anulá-los de ofício, caso em que deverá recorrer sempre ao Poder Judiciário, o único a deter competência para tanto.

35. (Analista Judiciário – TRT/SP – 2008) Atos normativos são:

A) aqueles editados em situações nas quais uma determinada pretensão do particular coincide com a manifestação de vontade da Administração;
B) atos administrativos internos, endereçados aos servidores públicos, que veiculam determinações atinentes ao adequado desempenho de suas funções;
C) os que contêm comandos gerais e abstratos aplicáveis a todos os administrados que se enquadrem nas situações nele previstas;
D) atos que não contêm uma manifestação de vontade da Administração;
E) aqueles pelos quais a Administração pode impor diretamente sanções a seus servidores ou aos administrados em geral.

36. (Técnico Judiciário – TRT/SP) A revogação do ato administrativo praticado pelo Poder Executivo insere-se na competência

A) do Tribunal de Contas;
B) do Poder Judiciário;
C) do Poder Legislativo;
D) da própria Administração Pública;
E) do Ministério Público.

37. (Analista de Planejamento e Orçamento – 2008 – Esaf) Em se tratando dos atos administrativos, analise os itens a seguir e marque com V a assertiva verdadeira e com F a falsa, assinalando ao final a opção correspondente.

( ) Entre os atributos do ato administrativo, encontra-se a presunção de veracidade a qual diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.
( ) A autoexecutoriedade consiste em atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância.
( ) Entre os elementos do ato administrativo, encontra-se a finalidade, a qual é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.
( ) O objeto ou conteúdo do ato administrativo consiste no efeito jurídico imediato que o ato produz.

A) F, V, F, F
B) F, V, V, F
C) V, F, V, V
D) F, F, F, V
E) V, V, F, F

38. (Técnico Judiciário – TRT/SC) Classificam-se como atos administrativos "negociais"

A) o decreto autônomo e o decreto regulamentar;
B) a instrução, a circular e o aviso;
C) a licença e a autorização;
D) o regulamento, a portaria e a resolução;
E) a certidão e o atestado.

39. (Analista Financeiro da Receita Federal – Esaf) Analise o seguinte ato administrativo: O Governador do Estado Y baixa decreto declarando um imóvel urbano de utilidade pública, para fins de desapropriação, para a construção de uma cadeia pública, por necessidade de vagas no sistema prisional. Identifique os elementos desse ato, correlacionando as duas colunas:

1) Governador do Estado;
2) interesse público;
3) decreto;
4) necessidade de vagas no sistema prisional;
5) declaração de utilidade pública.

( ) finalidade
( ) forma
( ) motivo
( ) objeto
( ) competência

A) 4/3/5/2/1
B) 4/3/2/5/1
C) 2/3/4/5/1
D) 5/3/2/4/1
E) 2/3/5/4/1

40. (OAB/MT) O direito de a Administração Pública Federal anular os atos de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário decai em

A) 5 anos da data em que foram praticados;
B) 3 anos da data em que foram praticados;

C) 10 anos da data em que foram praticados;
D) 5 anos da data em que foram praticados, salvo se comprovada má-fé.

41. (Analista Judiciário – TRT/PB) Os atos administrativos, a exemplo da demissão, do parecer, da deliberação de um Conselho e do decreto do Chefe do Executivo, referendado pelos Secretários de Estado, podem ser classificados quanto à função da vontade e quanto à formação da vontade. Esses casos dizem respeito, respectivamente, ao
A) ato consumado, ato pendente, ato composto e ato complexo;
B) mero ato administrativo, ato simples, ato complexo e ato administrativo puro;
C) ato administrativo puro, mero ato administrativo, ato simples e ato complexo;
D) mero ato administrativo, ato simples, ato individual e ato geral;
E) ato declaratório, ato administrativo puro, ato enunciativo e ato constitutivo.

42. (Analista do Instituto Rio Branco – Esaf) Assinale a opção que contempla exemplo de ato administrativo desprovido de executoriedade:
A) Apreensão de mercadoria.
B) Interdição de estabelecimento.
C) Cassação de licença para conduzir veículo.
D) Demolição de edifício em situação de risco.
E) Cobrança de multa administrativa.

43. (Analista do TCU – Esaf) Assinale entre os atos administrativos abaixo aquele que não está viciado.
A) Ato de remoção de servidor para localidade distante como forma de punição.
B) Portaria de presidente de autarquia rodoviária declarando imóvel de utilidade pública para fins de desapropriação.
C) Ato de interdição de estabelecimento comercial, sem prévio contraditório, em caso de risco iminente para a saúde pública.
D) Contratação direta, amparada em notória especialização do contratado, para serviços singulares de publicidade.
E) Decreto de governador de Estado declarando utilidade pública de imóvel rural para fins de desapropriação para reforma agrária.

44. (Ministério Público/MG – 2008) Em relação ao controle dos atos administrativos, é CORRETO afirmar que
A) a adequação dos atos administrativos do Poder Judiciário à ordem jurídica é mister reservado, também, ao Ministério Público;
B) para a licitude do ato, faculta-se à Administração Pública observar as limitações externas perante a finalidade e as internas que se impõem no regime de competência;
C) trata-se a discricionariedade administrativa de efetiva liberdade para a Administração decidir a seu talante, visando tornar perfeito o desiderato normativo;
D) ao Poder Judiciário é defeso analisar e decidir acerca de ato administrativo discricionário;
E) a atividade administrativa não pode, em sede de controle jurisdicional, ser objeto de consideração sob o crivo da legalidade.

45. (Ministério Público/PR – 2008) Assinale a alternativa correta:
A) Os bens dominicais caracterizam-se por estarem afetados a finalidades públicas específicas e, portanto, não podem ser alienados, salvo na hipótese de desafetação.

B) Os bens de uso especial podem ser alienados, independentemente de desafetação.
C) Enfrentando o tema do controle jurisdicional sobre as políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal admitiu o provimento jurisdicional no sentido de obrigar o Poder Público a ofertar atendimento às crianças, em creche e em pré-escola.
D) É vedado ao poder concedente, em razão das normas gerais sobre a delegação de serviço público, intervir na concessão.
E) Nenhuma das alternativas anteriores.

46. (Magistratura/PA – 2008 – FGV) A respeito dos atos administrativos, assinale a alternativa correta:

A) A administração deve revogar seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade e pode anulá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.
B) São elementos do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo, finalidade. Se ausente, ou viciado um desses elementos, o ato será nulo. A incompetência fica caracterizada quando o ato nulo não se incluir nas atribuições do agente que o praticou. O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato. A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa violação da lei, regulamento ou outro ato normativo. A inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. O desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.
C) Os atos administrativos são revestidos de alguns atributos que os diferenciam dos atos privados em geral: imperatividade, que significa que os atos administrativos são cogentes; presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que surgiram de acordo com as normas legais; e autoexecutoriedade, que significa que a Administração Pública pode executar suas próprias decisões. A autoexecutoriedade só não é aplicada no que tange aos atos expropriatórios, pois estes sempre devem ser executados pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.
D) Atos administrativos vinculados são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece; nesse tipo de ato, não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei. Já os atos administrativos discricionários dão total liberdade ao agente para atuar, não precisando ele ficar amarrado a qualquer comando normativo, seja princípio ou regra.
E) Os pareceres são atos administrativos que consubstanciam opiniões de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação. O parecer vincula à Administração, ou seja, o administrador não é obrigado a requerê-lo, mas, uma vez requerida a sua elaboração, obrigatoriamente o administrador público estará vinculado a ele, só podendo agir de acordo com as suas determinações.

47. (Procuradoria da Fazenda Nacional – 2007 – Esaf) Considerando os atos administrativos, analise os itens a seguir:

I. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, e que a análise de sua discricionariedade é possível para a verificação de sua regularidade em relação à forma, objeto e finalidade.

II. Não se aplica a Teoria dos Motivos Determinantes aos atos discricionários.

III. A Administração pode revogar seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, respeitados os direitos adquiridos.

IV. Uma vez anulado o ato pela própria Administração, cessa imediatamente sua operatividade, não obstante possa o interessado pleitear judicialmente o restabelecimento da situação anterior.
V. O ato administrativo pode ser extinto pela caducidade, a qual ocorre porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica.
A quantidade de itens corretos é igual a:

A) 1
B) 2
C) 3
D) 4
E) 5

48. (Magistratura Federal – 4ª Região – 2008) Dadas as assertivas abaixo, assinalar a alternativa correta.
I. A autoexecutoriedade dos atos administrativos consiste em que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, independentemente de prévio socorro às vias judiciais.
II. Porque vedado ao Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo, não pode o juiz sindicar sobre desvio de finalidade ou ausência de motivação em sua gênese.
III. Em face da rigidez com que incide o princípio da legalidade, cogente ao servidor público, perde toda relevância o princípio da razoabilidade, que não tem aplicação no direito administrativo.
IV. O princípio da economicidade, privilegiado frente ao da ampla defesa, faculta a utilização da sindicância como meio punitivo, sem necessidade de formal oportunidade de defesa, considerado suficiente o interrogatório do imputado.

A) Está correta apenas a assertiva I.
B) Estão corretas apenas as assertivas I e IV.
C) Estão corretas apenas as assertivas II e III.
D) Estão incorretas todas as assertivas.

49. (Magistratura/SP – 2008) Dentre os atos administrativos ordinatórios destacam-se as _____, ordens escritas e gerais a respeito do modo e forma de execução de determinado serviço público, as _____, expedidas a determinados funcionários ou agentes administrativos incumbidos de certo serviço e de maior generalidade que as anteriores; os _____, destinados a dar conhecimento de assuntos afetos à atividade administrativa; as _____, atos administrativos internos com determinações gerais ou especiais, designação de servidores e instauração de sindicância e processos administrativos; as _____, contendo imposições de caráter administrativo ou especificações técnicas sobre modo e forma de sua realização; os _____ com determinações e instruções das Corregedorias ou tribunais para a regularização e uniformização dos serviços; e os _____, comunicações escritas expedidas entre autoridades, subalternos e superiores e entre a Administração e particulares.
As expressões faltantes são:

A) portarias ... instruções ... ofícios ... resoluções ... ordens de serviço ... comandos ... avisos;
B) ordens de serviço ... circulares ... avisos ... portarias ... resoluções ... provimentos ... despachos;
C) circulares ... instruções ... avisos ... portarias ... ordens de serviço ... despachos ... ofícios;
D) instruções ... circulares ... avisos ... portarias ... ordens de serviço ... provimentos ... ofícios.

5

PODERES DA ADMINISTRAÇÃO

5.1 PODERES-DEVERES

Para o adequado cumprimento de duas competências constitucionais, a legislação confere à Administração Pública competências especiais. Sendo prerrogativas ligadas a obrigações, as competências administrativas constituem verdadeiros poderes-deveres **instrumentais para a defesa do interesse público**. Por facilidade metodológica, vamos estudar os importantes poderes administrativos, ao lado de algumas figuras de intervenção estatal na propriedade privada.

5.2 PODER VINCULADO

Fala-se em poder vinculado ou **poder regrado** quando a lei atribui determinada competência definindo todos os aspectos da conduta a ser adotada, **sem atribuir margem de liberdade** para o agente público escolher a melhor forma de agir. Onde houver vinculação, o agente público é um simples executor da vontade legal. O ato resultante do exercício dessa competência é denominado de ato vinculado. Exemplo de poder vinculado é o de realização do lançamento tributário (art. 3º do CTN).

A prova do Ministério Público/ES considerou CORRETA a assertiva: "Em se tratando de poder vinculado, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-lo eficazmente".

5.3 PODER DISCRICIONÁRIO

Na discricionariedade, o legislador atribui certa competência à Administração Pública, reservando uma **margem de liberdade** para que o agente público, diante da situação concreta, possa selecionar entre as opções predefinidas qual a mais apropriada para defender o interesse **público**. Ao invés de o legislador definir no plano da norma um único padrão de comportamento, delega ao destinatário da atribuição a incumbência de avaliar a melhor solução para agir

A prova do Ministério Público/ES considerou INCORRETA a afirmação: "Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de ação para ensejar normas de caráter legislativo".

A prova do Ministério Público/ES considerou CORRETA a assertiva: "O poder discricionário não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória com sujeição a ela".

diante das peculiaridades da situação **concreta**. O ato praticado no exercício de competência assim conferida é chamado de ato discricionário. Exemplo: decreto expropriatório.

A doutrina discute quais seriam as **justificativas da discricionariedade**. Celso Antônio Bandeira de Mello enumera as explicações apresentadas pelos administrativistas para a existência de competências discricionárias:[1]

a) intenção deliberada do legislador: para alguns autores, a discricionariedade é uma técnica utilizada intencionalmente pelo legislador para transferir ao administrador público a escolha da solução mais apropriada para atender a finalidade da norma;

b) impossibilidade material de regrar todas as situações: ao legislador seria impossível disciplinar adequadamente a grande variedade de circunstâncias concretas relacionadas ao exercício da função administrativa, sendo mais razoável conferir competências flexíveis passíveis de adaptação à realidade dos fatos;

c) inviabilidade jurídica da supressão da discricionariedade: no regime da Tripartição de Poderes, o legislador está impedido de esgotar no plano da norma a disciplina de todas as situações concretas pertinentes aos assuntos administrativos, à medida que isso implicaria o esvaziamento das atribuições do Poder Executivo e a ruptura de sua independência funcional;

d) impossibilidade lógica de supressão da discricionariedade: por fim, o último e mais importante fundamento da discricionariedade é a impossibilidade lógica de o legislador excluir competências discricionárias porque a margem de liberdade característica desse instituto **reside na imprecisão** e **na indeterminação dos conceitos empregados pela lei** para definir competências. Sempre que o legislador outorga uma competência, é obrigado a fazê-lo por meio de dispositivos legais traduzidos em conceitos jurídicos, cujo grau de imprecisão determina inevitavelmente a natureza discricionária da competência atribuída. Assim, por exemplo, quando a lei afirma que a Administração deve proibir o uso de "trajes indecentes" em certos ambientes, a indeterminação inerente ao conceito de traje indecente abre margem de liberdade para o agente público avaliar em quais casos a proibição deve ser aplicada.

Essa impossibilidade lógica de supressão da discricionariedade demonstra a **inevitabilidade da existência de competências discricionárias**, não tendo o legislador como impedir o surgimento da margem de liberdade inerente à outorga legal de atribuições administrativas.

Importante destacar também que os **conceitos jurídicos imprecisos e indeterminados** empregados pelo legislador é o **veículo introdutor de competências discricionárias**. Outros exemplos de conceitos indeterminados: "boa-fé", "bons

[1] *Curso de direito administrativo*, p. 955-956.

costumes", "interesse público", "solução adequada", "decisão razoável", "servidor público", "imóvel rural". Cada um dos conceitos mencionados pode adquirir significados diferentes nas leis ou diante das situações concretas. A simples referência feita pela legislação a uma dessas noções pode transformar em discricionária a competência outorgada ao administrador público.

Outro problema importante consiste em saber em quais aspectos da competência pode haver discricionariedade. Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que **haverá discricionariedade sempre que pelo menos um dos aspectos da competência inclua a referida margem de liberdade**. Assim, se a lei estabelecer liberdade quanto à forma de expedição do ato administrativo, ainda que todos os demais aspectos da conduta estejam predefinidos pelo legislador, o ato será discricionário. Nunca haverá discricionariedade em todos os aspectos do comportamento a ser adotado porque isso significaria liberdade total para agir, o que contraria a própria ideia de competência. Toda atribuição de competência implica a definição de limites. **Não existe competência ilimitada**. É por essa razão que mesmo os atos discricionários terão necessariamente elementos vinculados. Por exemplo: o decreto expropriatório é um caso clássico de ato discricionário, pois a lei faculta ao agente público decidir qual imóvel será desapropriado e para qual finalidade. Sem dúvida, a variedade de opções faz do decreto expropriatório um ato discricionário. Mas a lei define vinculadamente a competência para expedição do decreto, que é ato privativo do Chefe do Executivo (art. 6º do Decreto-Lei n. 3.365/41). A margem de liberdade convive com a vinculação quanto à competência, mesmo assim trata-se de ato discricionário.

Para **Hely Lopes** Meirelles, autor da **concepção clássica** e **predominante** em concursos públicos, a discricionariedade somente pode residir no **motivo** ou no **objeto** do ato administrativo. Competência, forma e finalidade seriam requisitos obrigatoriamente vinculados em qualquer ato administrativo. Para o autor, ato discricionário é aquele cuja prática envolva margem de liberdade quanto ao motivo ou objeto do ato administrativo.

Celso Antônio **Bandeira de Mello** desenvolveu uma **teoria mais moderna** para explicar o fenômeno da discricionariedade.[2] Ao contrário da visão tradicional, para essa corrente mais moderna, a discricionariedade não tem vinculação apenas com o mérito do ato administrativo, podendo a margem de liberdade ser encontrada também em outros aspectos da competência administrativa. O autor admite que a margem de liberdade atribuída pela lei ao administrador público possa residir nos **seguintes aspectos** da norma atribuidora da competência:

1º) na hipótese da norma: a discricionariedade pode residir na imprecisão quanto à descrição da situação fática ensejadora da atuação administrativa, isto é, **no motivo** do ato;

---

2 *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

2º) no comando da norma: a margem de liberdade pode estar presente na decisão sobre: 1) **praticar ou não o ato**; 2) o **momento apropriado** para sua expedição; 3) a **forma de exteriorização** do ato; 4) o **conteúdo da decisão** a ser proferida;

3º) na finalidade da norma: adotando entendimento inovador, Celso Antônio Bandeira de Mello admite discricionariedade residente nos valores jurídicos apontados pela lei como **finalidade** do ato administrativo.

A comparação entre as duas visões a respeito da discricionariedade pode ser resumida no seguinte quadro:

Quadro comparativo das visões sobre a discricionariedade

Correntes sobre a discricionariedade	
Visão tradicional	**Visão moderna**
Hely Lopes Meirelles	Celso Antônio Bandeira de Mello
Aspectos onde admite discricionariedade:	Aspectos onde admite discricionariedade:
Motivo	Motivo
Objeto	Conteúdo (= Objeto)
	Decisão sobre praticar o ato ou não
	Momento da prática do ato
	Forma
	Finalidade

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O poder discricionário não comporta nenhuma possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário".

Importante destacar, ao final, que os autores são unânimes em admitir **amplo controle judicial** sobre o exercício do **poder discricionário**, exceto quanto ao mérito do ato administrativo. Conforme mencionado nos capítulos anteriores, o mérito do ato discricionário constitui o núcleo da função típica do Poder Executivo, sendo incabível permitir que o Poder Judiciário analise o juízo de conveniência e oportunidade da atuação administrativa sob pena de violação da Tripartição de Poderes.

Alguns julgados têm reforçado a possibilidade de **controle judicial sobre a implementação de políticas públicas**, o que representa um avanço na fiscalização sobre o exercício da discricionariedade. Entretanto, as decisões restringem-se a aceitar um **controle de legalidade e razoabilidade** na eleição das prioridades em que devam ser aplicadas as verbas públicas. Trata-se, em última análise, de uma revisão judicial de **decisões violadoras de princípios administrativos**, e não exatamente de controle específico do mérito das decisões adotadas pela Administração Pública.

A título de exemplo, vale transcrever dois importantes arestos de nossos tribunais superiores:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – **ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO**.

1. Na atualidade, **o império da lei** e o seu controle, a cargo do Judiciário, **autoriza que se examinem**, inclusive, **as razões de conveniência e oportunidade do administrador**.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 493.811/SP, j. em 11-11-2003).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que 'embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário determinar**, ainda que em bases excepcionais, **especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão** – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – **mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional**'. Precedentes. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que **não se revela absoluta**, nesse domínio, **a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo**. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, RE 59.559/SC, j. em 28-4-2009).

▶ Pergunta: O que é discricionariedade técnica?

Resposta: A expressão "discricionariedade técnica" é utilizada para designar a **solução de questões que exijam conhecimento científico especializado**. Nesses casos, a Administração Pública é obrigada a tomar uma **decisão amparada em**

parecer técnico-profissional. Exemplo: ordem de demolição fundamentada em laudo de renomado engenheiro civil atestando o comprometimento da estrutura da construção. Como a discricionariedade técnica envolve conhecimentos especializados, **a Administração fica vinculada à manifestação conclusiva do profissional consultado**. É por isso que os casos denominados de "discricionariedade técnica", na verdade, **são hipóteses de vinculação administrativa**, não cabendo ao Poder Público adotar solução diferente da indicada pelo especialista. Assim, decisão administrativa dessa natureza só pode ser impugnada, judicial ou administrativamente, com amparo em outro parecer técnico da lavra de profissional especializado na matéria.

5.4 PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar consiste na possibilidade de a Administração **aplicar punições** aos **agentes públicos** que cometam **infrações funcionais**.

A prova de Defensor Público/BA considerou INCORRETA a afirmação: "No uso do poder disciplinar não há discricionariedade alguma, na medida em que a legislação prevê regras com a mesma rigidez que a criminal".

Assim, trata-se de poder **interno, não permanente** e **discricionário**. Interno porque somente pode ser exercido sobre agentes público, **nunca em relação a particulares**. É não permanente à medida que é aplicável apenas **se e quando o servidor cometer falta funcional**. É discricionário porque a Administração pode escolher, com alguma margem de liberdade, qual a punição mais apropriada a ser aplicada ao agente público.

A 4ª Prova de Cartório/SP considerou CORRETA a afirmação: "Com relação ao poder disciplinar da Administração Pública, pode-se afirmar que é a faculdade punitiva interna da Administração, só abrangendo as infrações relacionadas com o serviço".

Importante frisar que, constatada a infração, a Administração é obrigada a punir seu agente. É um dever vinculado. Mas a escolha da punição é discricionária. Assim, o poder disciplinar **é vinculado quanto ao dever de punir e discricionário quanto à seleção da pena aplicável**.

A 84ª Prova do Ministério Público/SP considerou CORRETA a assertiva: "A discricionariedade do poder disciplinar deve ser compreendida no sentido de que seu exercício não está vinculado à prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção".

O art. 127 da Lei n. 8.112/90 prevê **seis penalidades diferentes** para faltas funcionais cometidas por servidores públicos federais:

a) advertência;
b) suspensão;
c) demissão;
d) cassação da aposentadoria ou disponibilidade;
e) destituição de cargo em comissão;
f) destituição de função comissionada.

A 84ª Prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a assertiva: "Se o superior hierárquico presenciar a falta disciplinar, essa circunstância o exime de explicitar os motivos que o levaram a impor a penalidade ao subordinado".

A aplicação de qualquer uma dessas penalidades exige instauração de prévio **processo administrativo** com garantia de **contraditório** e **ampla defesa**, sob pena de nulidade da **punição**.

ATENÇÃO: Algumas leis específicas admitiam a direta aplicação, pela autoridade competente, de penalidades disciplinares sem processo administrativo na hipótese de notoriedade dos fatos imputados ao agente público. É a denominada "verdade sabida". Atualmente, segundo a unanimidade dos doutrinadores, **o instituto da verdade sabida é inconstitucional** por violar a obrigatoriedade de realização do processo administrativo para aplicação de qualquer punição disciplinar (art. 5º, LIV e LV, da CF).

5.5 PODER HIERÁRQUICO

Poder hierárquico, no magistério de Hely Lopes Meirelles, "é o de que dispõe o Executivo para **distribuir e escalonar** as funções de **seus órgãos, ordenar** e **rever** a **atuação de seus agentes**, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de **pessoal**".[3]

É um poder **interno** e **permanente** exercido pelos chefes de repartição sobre seus agentes subordinados e pela administração central em relação aos órgãos públicos consistente nas atribuições de **comando, chefia** e **direção** dentro da **estrutura administrativa**.

Assim como o disciplinar, o poder hierárquico é interno à medida que **não se aplica a particulares**. Mas, ao contrário daquele, o poder hierárquico é exercido **permanentemente**, e não em caráter episódico, como ocorre com o poder **disciplinar**.

Importante destacar que **não existe hierarquia entre** a **Administração Direta e** as entidades componentes da **Administração Indireta**. A autonomia característica das autarquias, fundações públicas e empresas governamentais repele qualquer subordinação de tais entidades perante a Administração Central. O poder hierárquico também não é exercido sobre **órgãos consultivos**.

A Lei do Processo Administrativo – Lei n. 9.784/99 – prevê dois institutos relacionados com o poder hierárquico: a **delegação** e a

A prova de Procurador do Banco Central considerou CORRETA a assertiva: "São decorrências do exercício do poder hierárquico: i) avocação, feita por um Ministro de Estado, de competência de subordinado seu; ii) alteração, por dirigente de autarquia, de ato praticado por subordinado seu; iii) revisão, por Ministro de Estado, de ato praticado por subordinado seu; iv) delegação de competências do Presidente da República para um Ministro de Estado".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Hierarquia é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Como resultado do poder hierárquico, a Administração é dotada da prerrogativa de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades de seus órgãos e agentes no seu âmbito interno".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Os órgãos consultivos, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, fogem à relação hierárquica".

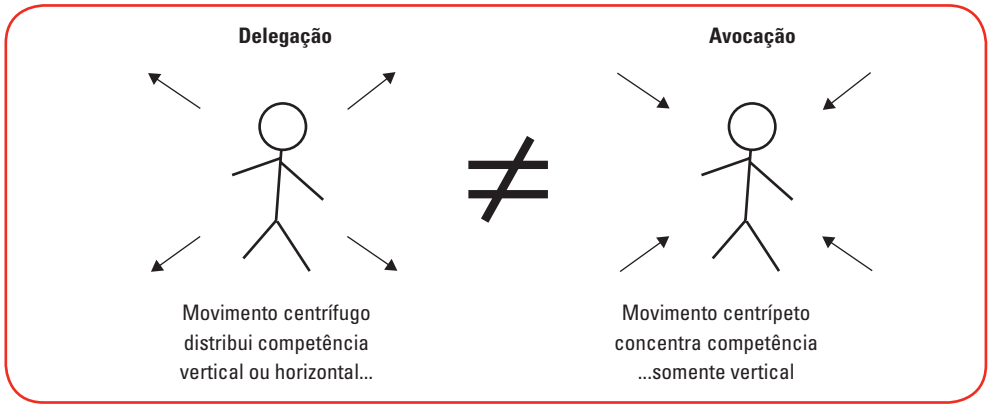
[3] *Direito administrativo brasileiro*, p. 117.

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Do sistema hierárquico na Administração decorrem alguns efeitos específicos, como o poder de comando, o dever de obediência, fiscalização, o poder de revisão, a delegação e a avocação".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a assertiva: "A avocação é a transferência de atribuições de um órgão a outro no aparelho administrativo, abrangendo funções genéricas e comuns da Administração".

avocação de **competências**. São institutos com sentidos opostos, pois a delegação distribui temporariamente a competência representando um movimento centrífugo, enquanto a avocação concentra a competência de maneira **centrípeta**. Outra diferença importante, como veremos a seguir, é que delegação pode beneficiar agentes e órgãos públicos subordinados ou não à autoridade delegante. Fala-se, assim, em **delegação vertical**, no primeiro caso, e **delegação horizontal**, no segundo. Ao passo que a avocação só pode ser realizada em relação à competência de um subordinado. Só existe **avocação vertical**.

Essas primeiras diferenças podem ser sintetizadas nos termos da ilustração abaixo:



5.5.1 Delegação de competência

A lei determina as atribuições dos agentes e dos órgãos públicos pertencentes à Administração Pública. Entretanto, para atender a conveniências técnicas, sociais, econômicas, jurídicas ou territoriais, é possível a quem detém a competência legal distribuir transitoriamente parcela de suas atribuições por meio do instituto da delegação.

Nos termos do art. 12 da Lei n. 9.784/99, um **órgão administrativo** ou seu titular **poderão** delegar **parte da sua competência** a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de **circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial**.

A prova da AGU/2006 considerou CORRETA a afirmação: "Salvo impedimento legal, circunstância de natureza econômica pode ser invocada para justificar a conveniência de um órgão administrativo colegiado em delegar parte de sua competência a seu Presidente".

A delegação é a transferência temporária de competência administrativa de seu titular

a outro órgão ou agente público subordinado à autoridade delegante **(delegação vertical)** ou fora da linha hierárquica **(delegação horizontal)**.

Trata-se de transferência sempre provisória porque a delegação **pode ser revogada a qualquer tempo** pela **autoridade delegante**.

A prova da AGU/2006 considerou INCORRETA a afirmação: "É obrigatória a publicação em meio oficial dos atos de delegação ante o seu caráter formal e, a partir da publicação, o ato de delegação torna-se irrevogável".

O **ato de delegação** obrigatoriamente especificará as **matérias e poderes transferidos**, os **limites** da atuação do delegado, a **duração** e os **objetivos** da delegação e o **recurso cabível**, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

Os atos expedidos nessa condição **deverão indicar** que foram **praticados em decorrência de delegação**. Além disso, conforme disposto no art. 14, § 3º, da Lei n. 9.784/99, as decisões adotadas por delegação **consideram-se praticadas pelo delegado**.

Por fim, cabe destacar que a **regra é a delegabilidade** da competência. Porém, a própria legislação assevera que três competências administrativas **são indelegáveis**:

a) a edição de **ato de caráter normativo**: isso porque os atos normativos inerentes às funções de comando dos órgãos públicos baixam regras gerais válidas para todo o quadro de agentes. Sua natureza é incompatível com a possibilidade de delegação;

b) a decisão em **recursos administrativos**: a impossibilidade de delegação, nessa hipótese, é justificada para preservar a garantia do duplo grau, impedindo que a mesma autoridade que praticou a decisão recorrida receba, por delegação, a competência para analisar o **recurso**;

A prova de Procurador do Banco Central/2006 considerou CORRETA a assertiva: "É legalmente vedada, como regra, a delegação de competência em se tratando da decisão de recurso administrativo".

c) as **matérias de competência exclusiva** do órgão ou autoridade: são casos em que a própria natureza da matéria recomenda o exercício da competência somente pelo órgão habilitado diretamente pela legislação.

5.5.2 Avocação de competência

Diante de **motivos relevantes devidamente justificados**, o art. 15 da Lei n. 9.784/99 permite que a autoridade hierarquicamente superior **chame para si** a competência de um **órgão ou agente subordinado**. Esse movimento centrípeto é a chamada avocação de competência, **medida excepcional** e **temporária** pela qual determinada competência administrativa é convocada pela autoridade superior. Ao contrário da delegação, a avocação só pode ser realizada dentro de uma mesma linha hierárquica, denominando-se **avocação vertical**. Não existe, no direito brasileiro, avocação horizontal, que é aquela realizada entre órgãos ou agentes dispostos sem **subordinação hierárquica**.

A prova da AGU/2006 considerou INCORRETA a afirmação: "A avocação é ato excepcional, de caráter transitório, que, no entanto, dispensa motivação por parte da autoridade hierarquicamente superior que a determina".

A 22ª Prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a afirmação: "A avocação, no plano do poder hierárquico da Administração, desonera o agente público inferior de toda a responsabilidade pelo ato avocado pelo superior".

5.6 SUPERVISÃO MINISTERIAL

A supervisão ministerial, ou **controle ministerial**, é o poder exercido pelos Ministérios Federais, e pelas Secretarias Estaduais e Municipais, **sobre** órgãos e entidades pertencentes à **Administração Pública Indireta**. Como as entidades descentralizadas são dotadas de autonomia, inexiste subordinação hierárquica exercida pela Administração Direta sobre tais pessoas autônomas. Assim, os órgãos da Administração central desempenham somente um **controle finalístico** sobre a atuação de autarquias, fundações públicas e demais entidades descentralizadas. Tal controle é a supervisão ministerial que, ao contrário da subordinação hierárquica, não envolve a possibilidade de revisão dos atos praticados pela entidade controlada, mas se restringe a fiscalizar o cumprimento da lei, por parte das pessoas pertencentes à **Administração Pública Indireta**.

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "Das decisões finais das agências reguladoras pode caber recurso hierárquico impróprio para o respectivo Ministério supervisor, caso previsto na lei ou na Constituição".

É sobre esse poder que dispõe o art. 19 do Decreto-Lei n. 200/67: "**Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente**, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República".

A supervisão ministerial existente na Administração Indireta opõe-se ao poder hierárquico característico da Administração direta.

Diante da autonomia das entidades descentralizadas, as decisões por elas expedidas, em princípio, não se sujeitam a recurso hierárquico dirigido ao Ministro de Estado da respectiva pasta. Porém, há casos excepcionais de **expressa previsão legal** de recurso contra decisão das entidades descentralizadas endereçado à Administração direta. É o chamado **recurso hierárquico impróprio**.

A prova de Defensor Público do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Recurso hierárquico impróprio é o recurso interposto contra a decisão de dirigente de entidade da Administração indireta, para a autoridade a que está vinculada, na Administração direta".

5.7 PODER REGULAMENTAR

Decorrente do poder hierárquico, o poder regulamentar consiste na possibilidade de os **Chefes do Poder Executivo** editarem **atos administrativos gerais e abstratos, ou gerais e concretos**, expedidos para dar **fiel execução à lei**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A possibilidade de o Chefe do Poder Executivo emitir decretos regulamentares com vistas a regular uma lei penal deriva do poder de polícia".

O poder regulamentar enquadra-se em uma categoria mais ampla denominada **poder normativo**, que inclui todas as diversas categorias de atos gerais, tais como: **regimentos, instruções, deliberações, resoluções** e **portarias**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O poder regulamentar é exercido apenas por meio de decreto".

O fundamento constitucional da competência regulamentar é o art. 84, IV, segundo o qual "**compete privativamente** ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos** para sua fiel execução".

Embora frequentemente confundidos, o conceito de decreto não é exatamente igual ao de regulamento: aquele constitui uma forma de ato administrativo; este representa o conteúdo do ato. **Decreto é o veículo introdutor do regulamento**. O certo é que decretos e regulamentos são atos administrativos e, como tal, encontram-se em posição de inferioridade diante da lei, sendo-lhes **vedado criar obrigações de fazer ou deixar de fazer** aos particulares, sem fundamento direto **na lei** (art. 5º, II, da CF).

A prova da Magistratura/GO considerou INCORRETA a afirmação: "O poder regulamentar é a faculdade de que dispõe a Administração Pública de normatizar matéria ainda não regulamentada em lei".

Sua função específica é estabelecer **detalhamentos quanto ao modo de aplicação de dispositivos legais**, dando maior concretude, no âmbito interno da Administração Pública, aos comandos gerais e abstratos presentes na **legislação**.

A 176ª Prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "Dependendo a lei de regulamentação para sua entrada em vigor, tal regulamentação é da competência do Poder Executivo".

É comum encontrar na doutrina a afirmação de que decretos e regulamentos são atos administrativos gerais e abstratos. A assertiva, no entanto, contém uma simplificação. Normalmente esses dois atributos estão presentes. São **atos gerais** porque se aplicam a um **universo indeterminado de destinatários**. O **caráter abstrato** relaciona-se com a circunstância de incidirem sobre quantidade indeterminada de situações concretas, **não se esgotando com a primeira aplicação**. No entanto, existem casos raros em que os atos regulamentares são **gerais e concretos**, como ocorre com os regulamentos revogadores expedidos com a finalidade específica de extinguir ato normativo anterior. Trata-se, nessa hipótese, de ato geral e concreto porque se esgota imediatamente após cumprir a tarefa de revogar o regulamento pretérito.

A competência regulamentar é **privativa dos Chefes do Executivo** e, em princípio, **indelegável**. Tal privatividade, enunciada no art. 84, *caput*, da Constituição Federal, é coerente com a regra prevista no art. 13, I, da Lei n. 9.784/99, segundo a qual **não pode ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo**.

Entretanto, o parágrafo único do art. 84 da Constituição Federal prevê a possibilidade de o **Presidente da República delegar** aos **Ministros de Estado**, ao **Procurador-Geral da República** ou ao **Advogado-Geral da União** a competência para dispor, **mediante decreto**, sobre: a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e b) **extinção de funções ou cargos públicos**, quando vagos.

Deve-se considerar as hipóteses do art. 84, parágrafo único, da CF, como os **únicos casos admitidos de delegação** de competência regulamentar.

> Pergunta: O que é referenda ministerial?
>
> Resposta: Nos termos do art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal, referenda ministerial é a **manifestação de anuência** aposta pelo **Ministro de Estado** nos **atos e decretos presidenciais** que versem sobre **matéria relacionada ao respectivo ministério**. A doutrina discute o que ocorre se o Ministro deixar de referendar decreto pertinente à sua pasta. O entendimento majoritário considera que **a falta de referenda não interfere na existência, validade ou eficácia do decreto**. É a mesma conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 22.706-1. Entretanto, a recusa na aposição da referenda ministerial representa grave ruptura da vinculação hierárquica diante do Presidente da República, **importando a automática exoneração do Ministro envolvido**.

5.7.1 Espécies de regulamento

Existem diversas espécies de regulamentos administrativos:

a) regulamentos **administrativos ou de organização:** são aqueles que disciplinam **questões internas** de estruturação e funcionamento da Administração Pública ou relações jurídicas de sujeição especial do Poder Público perante particulares;

b) regulamentos **delegados, autorizados ou habilitados:** em alguns países é possível o Poder Legislativo delegar ao Executivo a disciplina de matérias reservadas à lei, **transferindo temporariamente competências legislativas** para a Administração Pública. Essa modalidade de regulamento **não é admitida pelo sistema jurídico brasileiro**;

c) regulamentos **executivos:** são os regulamentos comuns expedidos sobre matéria anteriormente disciplinada pela legislação permitindo **a fiel execução da lei**;

d) regulamentos **autônomos ou independentes:** são os que versam sobre **temas não disciplinados pela legislação**.

5.7.2 Regulamentos autônomos ou independentes

A admissibilidade de decretos e regulamentos autônomos ou independentes no direito brasileiro sempre despertou **grande controvérsia doutrinária**. A compreensão da polêmica exige recordar a origem histórica dessa espécie de regulamento.

Os regulamentos autônomos ou independentes surgiram em **alguns países europeus**, como França, Itália, Portugal e Alemanha, cujas constituições atribuíam a disciplina de determinados assuntos ao Poder Legislativo, reservando outros temas para o Poder Executivo tratar mediante decreto. Sobre as matérias sujeitas à **reserva de regulamento**, era vedada a promulgação de leis, criando uma verdadeira limitação à competência legislativa dos parlamentos. Tais circunstâncias históricas, ligadas à ascensão dos parlamentos em detrimento dos poderes do Rei, levaram à

atual peculiar divisão de atribuições legiferantes entre o Poder Legislativo e a Administração Pública.

Assim, a existência de decretos autônomos ou independentes pressupõe sempre uma repartição constitucional de competências legiferantes entre o Poder Legislativo e a Administração Pública. Havendo reserva de regulamento, o Poder Executivo pode disciplinar os temas a ele cometidos sem necessidade de lei prévia versando sobre tais matérias. Assim, fala-se em **decreto independente de lei**, autônomo em relação ao Poder Legislativo, extraindo seu fundamento de validade diretamente do Texto Constitucional.

No Brasil, o texto original da Constituição de 1988 não tinha qualquer previsão de reserva de regulamento. Pelo contrário. O **art. 48 da Constituição** é bastante claro ao prescrever: "Cabe ao **Congresso Nacional** dispor sobre **todas as matérias de competência da União**". O Texto Maior não reservou temas para o Poder Executivo tratar mediante decreto autônomo, pois atribuiu ao Poder Legislativo a competência para disciplinar todas as matérias. Só havia previsão para expedição de decretos executivos (art. 84, IV).

Ainda assim, alguns autores, como **Hely Lopes Meirelles** e **Diogenes Gasparini, admitiam** a existência de casos específicos ensejadores da expedição de **decretos independentes**, desde que mediante expressa autorização constitucional. Essa visão encontrava respaldo também em alguns julgados do **Supremo Tribunal Federal**, cuja jurisprudência sempre foi vacilante a respeito da admissibilidade dos decretos independentes.

De outro lado, doutrinadores do porte de **Celso Antônio Bandeira de Mello** e **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** não reconheciam na Constituição Federal, especialmente diante do art. 48, qualquer dispositivo capaz de legitimar a expedição de decretos independentes.

Cabe frisar que a aceitação dos decretos independentes representa, em países de incipiente tradição democrática como o Brasil, um retrocesso institucional, na medida em que viabiliza a criação unilateral de normas jurídicas sem qualquer debate legitimador realizado no âmbito do Parlamento.

A acirrada disputa entre esses dois pontos de vista não permitia identificar uma corrente majoritária.

Entretanto, o equilíbrio de forças entre os autores que admitiam decretos independentes e aqueles que os rejeitavam foi alterado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 32, promulgada em 11 de setembro de 2001.

Alterando a redação do art. 84, VI, da Constituição Federal, **a Emenda Constitucional n. 32/2001 definiu dois temas que só podem ser disciplinados por decreto** do Presidente da República:

a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) **extinção de funções ou cargos públicos**, quando vagos.

É bastante discutível se uma emenda constitucional poderia subtrair temas da competência legislativa do Congresso Nacional e atribuí-los ao Poder Executivo sem esbarrar na **cláusula pétrea** insculpida no art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal, *in verbis*: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes".

Entretanto, tornou-se praticamente incontestável a conclusão de que a **Emenda Constitucional n. 32/2001 definiu dois casos de reserva de regulamento**, reforçando decisivamente o ponto de vista favorável à aceitação, pelo menos nessas hipóteses, de decretos autônomos e independentes no direito brasileiro.

A prova do Ministério Público Federal 2005 considerou INCORRETA a afirmação: "O poder regulamentar da Administração somente pode ser exercido em relação às leis que expressamente recomendem a necessidade de regulamentação, não podendo contrariar, restringir ou ampliar suas disposições".

5.7.3 Poder regulamentar e previsão legal

O exercício do poder regulamentar **independe** de previsão na lei a ser regulamentada.

5.8 PODER DE POLÍCIA OU LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Juntamente com os serviços públicos e as atividades de fomento, o poder de polícia constitui uma das três funções precípuas da Administração Pública moderna.

Serviço público e **fomento** são **atuações estatais ampliativas** da esfera de interesses do particular, sendo prestadas pela Administração por meio do oferecimento de vantagens diretas aos indivíduos e às coletividades.

O **poder de polícia**, pelo contrário, representa uma **atividade estatal restritiva** dos interesses privados, **limitando** a liberdade e a propriedade individual em favor do **interesse público**.

Por sua origem ligada aos abusos cometidos na Idade Média, no período conhecido como Estado de Polícia, marcado pela ausência de subordinação dos governantes às regras do direito, **o termo** "poder de polícia" **vem sendo abandonado** pela doutrina mais moderna diante do viés autoritário que sua história carrega. Outro inconveniente da terminologia é provocar uma incorreta associação da referida atividade administrativa com os órgãos estatais de segurança pública conhecidos como "polícias".

Cabe aqui importante advertência: **o poder de polícia não se reduz à atuação estatal de oferecimento de segurança pública**. É que as instituições públicas encarregadas desse mister herdaram o nome da atividade, sendo conhecidas como "polícias". Porém, a noção de poder de polícia é bem mais abrangente do que o combate à criminalidade, englobando, na verdade, quaisquer atividades estatais de fiscalização. Desse modo, vigilância sanitária e fiscalização de trânsito são exemplos de manifestação do poder de polícia sem qualquer relação com a segurança pública. Por isso, as polícias civil, militar e federal exercem o poder de polícia;

mas este não se esgota na atividade específica de manter a segurança pública. É bem mais abrangente.

Diante dessas razões, recentemente alguns administrativistas passaram a substituir a designação clássica "poder de polícia" pela locução **limitação administrativa**, terminologia tecnicamente mais apropriada para designar as atividades estatais abrangidas pelo poder de polícia. Entretanto, tendo em vista a larga utilização em concursos públicos, é mais conveniente manter o emprego da nomenclatura tradicional "poder de polícia", compatibilizando seu conteúdo com as exigências do Estado Democrático de Direito e atentando para o real significado que a expressão recebe na doutrina mais moderna.

5.8.1 Poder de polícia: sentido amplo e sentido estrito

A doutrina costuma tratar do conceito de poder de polícia empregando a expressão em duas acepções distintas:

a) poder de polícia em sentido amplo: inclui qualquer limitação estatal à liberdade e propriedade privadas, englobando **restrições legislativas** e **limitações administrativas**.

A 10ª Prova do Ministério Público Militar considerou CORRETA a afirmação: "A intervenção administrativa da autoridade pública no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir, denomina-se polícia administrativa".

Assim, por exemplo, as disposições do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), que condicionam o uso regular da propriedade urbana ao cumprimento da sua função social, constituem poder de polícia em sentido amplo. Porém, a excessiva amplitude desse conceito reduz sua utilidade prática, não havendo registro de sua utilização em concursos públicos;

b) poder de polícia em sentido estrito: mais usado pela doutrina, o conceito de poder de polícia em sentido estrito inclui **somente as limitações administrativas** à liberdade e propriedade privadas, deixando de fora as restrições impostas por dispositivos legais. Exemplos: **vigilância sanitária** e polícia de trânsito. Basicamente, a noção estrita de poder de polícia envolve atividades administrativas de **FISCALIZAÇÃO e CONDICIONAMENTO** da esfera privada de interesse, em favor da coletividade.

A prova de Procurador do Banco Central elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Nos termos do conceito aceito pela doutrina nacional, caracteriza exercício do poder de polícia a interdição de um estabelecimento por agentes de vigilância sanitária".

A prova da OAB/RJ elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O poder de polícia pode envolver atos de fiscalização e sanção".

5.8.2 Conceitos doutrinários

Os conceitos de poder de polícia apresentados pelos doutrinadores tendem a restringir-se às atuações administrativas limitadoras da liberdade e propriedade privada. Vejamos alguns exemplos:

A prova da Magistratura/GO considerou CORRETA a afirmação: "Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".

Hely Lopes Meirelles: "**poder de polícia** é a **faculdade** de que dispõe a Administração Pública **para condicionar** e **restringir** o uso e gozo de **bens, atividades** e **direitos** individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".[4]

Celso Antônio **Bandeira de Mello**: "a atividade da Administração Pública, expressa em **atos normativos ou concretos**, de condicionar, com **fundamento em sua supremacia geral** e na forma da lei, a liberdade e propriedade dos indivíduos, mediante **ação** ora **fiscalizadora**, ora **preventiva**, ora **repressiva**, impondo coercitivamente aos particulares um **dever de abstenção** a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo".[5]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "atividade do Estado consistente em **limitar o exercício dos direitos individuais** em benefício do **interesse público**".[6]

José dos Santos **Carvalho Filho:** "**prerrogativa de direito público** que, **calcada na lei**, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade".[7]

Importante destacar, ainda, a existência de um conceito legislativo de poder de polícia.

5.8.3 Conceito legal de poder de polícia

A par do esforço doutrinário em oferecer um conceito apropriado do instituto, o direito positivo brasileiro possui um **conceito legislativo de poder de polícia**. O **art. 78** do **Código Tributário Nacional** apresenta a seguinte conceituação: "Considera-se poder de polícia **atividade da administração pública** que, **limitando** ou **disciplinando** direito, interesse ou liberdade, regula a **prática de ato** ou **abstenção de fato**, em razão de interesse público concernente à **segurança**, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos". E completa o parágrafo único do referido dispositivo: "Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei

A prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a assertiva: "No direito brasileiro, o poder de polícia está conceituado no art. 78 do Código Tributário Nacional".

A prova da Magistratura/GO considerou CORRETA a afirmação: "A extensão do poder de polícia é muito ampla e inclui a proteção à moral e à segurança das construções".

---

4 *Direito administrativo brasileiro*, p. 127.

5 *Curso de direito administrativo*, p. 830.

6 *Direito administrativo*, p. 117.

7 *Manual de direito administrativo*, p. 73.

aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de **poder**".

A prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a assertiva: "Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".

5.8.4 Nosso conceito

Utilizando os elementos mais importantes dos conceitos acima referidos, é possível apresentar o **nosso conceito**.

Poder de polícia é a **atividade da Administração** Pública, **baseada na lei** e na supremacia geral, consistente no estabelecimento de **limitações à liberdade e propriedade dos particulares**, regulando a **prática de ato** ou a **abstenção de fato**, manifestando-se por meio de **atos normativos ou concretos**, em **benefício do interesse público**.

A prova de Procurador do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou INCORRETA a assertiva: "O fundamento do poder de polícia é a supremacia especial que o Estado exerce sobre todas as pessoas, bens e atividades".

A prova de Defensor Público/BA considerou CORRETA a afirmação: "Dentre os meios de atuação do poder de polícia têm-se atos normativos e atos concretos, bem como atos ou medidas de polícia administrativa preventivos e repressivos".

Convém destacar os componentes mais relevantes da conceituação apresentada:

a) é a atividade da Administração Pública: a acepção estrita de poder de polícia constitui uma atuação administrativa exercida abaixo do nível legal. Assim, as limitações decorrentes dessa atividade não se confundem com as restrições à liberdade e propriedade impostas pela legislação. A natureza administrativa impõe também a necessária observância dos instrumentos de controle representados pelos princípios do Direito Administrativo. A validade do exercício do poder de polícia está condicionada, entre outros, aos imperativos de razoabilidade, proporcionalidade, responsabilidade, eficiência e legalidade;

b) baseada na lei: o exercício do poder de polícia manifesta-se por meio da expedição de atos administrativos que liberam atuações particulares, em princípio vedadas pela legislação. Isso porque a lei condiciona o exercício de determinadas atividades à obtenção de autorização ou concessão pelo Poder Público. Somente após o preenchimento de requisitos fixados na legislação é que o ato administrativo de poder de polícia permite o desempenho da atividade até então vedada. Esse é o **efeito liberatório** característico dos atos de polícia administrativa;

A prova de Defensor Público do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Não é atividade típica da polícia administrativa a aplicação de sanções aos concessionários de serviços públicos, pela inadequação do serviço".

c) limitações à liberdade e propriedade dos particulares: o poder de polícia se apresenta diante dos **particulares** por meio de restrições aos direitos de liberdade e **propriedade**, impondo condicionamentos capazes de compatibilizar seu exercício às necessidades de interesse público. Importante destacar, entretanto, que as

A prova do Ministério Público/TO considerou CORRETA a afirmação: "No exercício ou em razão do poder de polícia, a Administração Pública pode restringir direitos fundamentais".

limitações decorrentes do poder de polícia **também vinculam o próprio Estado**. Assim, por exemplo, as regras de trânsito obrigatórias para o condutor particular igualmente se aplicam às viaturas conduzidas por agentes públicos. A liberdade e a propriedade governamentais também devem se adequar às necessidades do interesse público;

d) regulando a prática de ato ou a abstenção de fato: em regra o poder de polícia manifesta-se por meio do estabelecimento de **deveres negativos** ou obrigações de não fazer impostas aos particulares. Excepcionalmente, podem surgir **deveres positivos** decorrentes do exercício do poder de polícia. Esse é o significado da expressão "regulando a **prática de ato** ou a abstenção de fato" presente no conceito do art. 78 do Código Tributário Nacional. O legislador destacou a possibilidade de o poder de polícia apresentar-se por meio de deveres positivos (prática de ato) ou deveres negativos (abstenção de fato) impostos ao particular. O melhor **exemplo** de dever positivo decorrente do poder de polícia é a obrigação de o dono do imóvel atender à **função social da propriedade** (art. 5º, XXIII, da CF: "a propriedade atenderá a sua função social");

e) por meio de atos normativos ou concretos: o poder de polícia pode manifestar-se pela prática de atos normativos, como é o caso das **regras municipais sobre o direito de construir**, assim como por meio de atos concretos, como o deferimento de **licença para reforma de determinado imóvel**;

A 23ª Prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a afirmação: "A Administração Pública no exercício do poder de polícia regulamenta as leis e controla a sua aplicação preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças e autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas)".

f) em benefício do interesse público: a finalidade precípua do poder de polícia é conciliar os direitos individuais e a defesa do interesse público. É com esse intuito que o Estado impõe limitações à liberdade e à propriedade privada: fortalecer o primado da supremacia do interesse público sobre o **privado**.

A prova de Procurador do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "O poder de polícia expressa-se por meio de medidas repressivas, que têm por objetivo coagir o infrator ao cumprimento da lei".

5.8.5 Poder de polícia: vinculado ou discricionário?

A compreensão clássica da doutrina brasileira sobre a natureza jurídica do poder de polícia considera tratar-se de **competência discricionária**. Nesse sentido, o já mencionado conceito de Hely Lopes Meirelles inicia afirmando que o poder de polícia é "a **faculdade** de que dispõe a Administração Pública", reforçando o **caráter de permissão**, de facultatividade, e não de obrigação, que envolve o exercício dessa competência administrativa.

A prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "É traço característico do poder disciplinar administrativo ser marcado pelo discricionarismo".

De fato, a análise da maioria das hipóteses de sua aplicação prática indica discricionariedade no desempenho do poder de polícia. Todavia, é preciso fazer referência a **casos excepcionais** em que manifestações decorrentes do poder de polícia adquirem **natureza vinculada**. O melhor exemplo é o da **licença**, ato administrativo vinculado e tradicionalmente relacionado com o poder de polícia. Sobre o tema, cabe trazer a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Em rigor, no Estado de Direito inexiste um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe... pode-se asseverar, isto sim, que **a polícia administrativa se expressa** ora **através de** atos no exercício **de competência discricionária**, ora através **de atos vinculados**".[8]

A 23ª Prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a afirmação: "A discricionariedade está presente em todo e qualquer ato emanado do poder de polícia".

A 23ª Prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a afirmação: "O poder de polícia é sempre exercido com vinculação estrita obedecendo às limitações da lei relativamente à competência, à forma, aos fins, aos motivos e ao objeto".

5.8.6 Características

Sintetizando o regime jurídico do poder de polícia, podemos destacar as seguintes características principais:

a) atividade restritiva: ao contrário do serviço público e do fomento que são ampliativos, as atuações administrativas incluídas no poder de polícia representam limitações à atuação particular, restringindo a esfera de interesses dos indivíduos.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as funções de polícia destinam-se "à **harmonização do exercício das liberdades e dos direitos individuais com os interesses gerais**".[9]

b) limita liberdade e propriedade: diferentemente do que ocorre com as diversas figuras de intervenção estatal na propriedade privada, como a servidão e a requisição, o poder de polícia limita dois valores jurídicos distintos: liberdade e propriedade;

c) natureza discricionária (regra geral): na esteira daquilo que tradicionalmente se compreende como a natureza jurídica do poder de polícia, trata-se de atribuição discricionária, exceção feita a casos raros, como a licença, em que prepondera o caráter vinculado da **atribuição**;

d) caráter liberatório: o poder de polícia, via de regra, manifesta-se por meio de atos administrativos que autorizam o exercício de

A prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a assertiva: "São atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade".

8 *Curso de direito administrativo*, p. 829-830.

9 *Curso de direito administrativo*, p. 133.

atividades até então vedadas pela lei. Esse o papel desempenhado por licenças, autorizações, permissões e concessões;

e) é sempre geral: o poder de polícia estende-se à generalidade dos indivíduos, não se restringindo a limitar particularmente ninguém. Nisso difere da servidão administrativa, que sempre atinge bem determinado;

f) cria obrigações de não fazer (regra geral): normalmente o poder de polícia estabelece deveres negativos aos particulares, estabelecendo obrigações de não fazer. Em casos raros, pode gerar deveres positivos, por exemplo, na obrigação de atendimento da função social da propriedade;

g) não gera indenização: pelo fato de atingir a todos, o exercício regular do poder de polícia não causa danos específicos que possam resultar no direito ao recebimento de **indenização**;

A prova de Procurador do Banco Central elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Segundo a regra geral legalmente estabelecida, a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, prescreve em cinco anos, comportando interrupção ou suspensão".

h) atinge particulares (regra geral): normalmente o poder de polícia é direcionado para limitar a esfera de interesses dos particulares. Entretanto, suas determinações são obrigatórias também para órgãos e agentes públicos;

i) é indelegável: o poder de polícia é manifestação do **poder de império** do Estado, pressupondo a posição de superioridade de quem o exerce, em relação ao administrado. Por isso, a doutrina não admite delegação do exercício do poder de polícia a particulares. Entretanto, **é possível delegar atividades materiais de apoio** ao poder de polícia, já que elas não realizam a fiscalização em si, mas apenas servem de apoio instrumental para que o Estado desempenhe privativamente o poder de polícia. Exemplos: empresa privada que instala radares fotográficos para apoiar na fiscalização do trânsito; e manutenção de presídios administrados pela iniciativa privada. Nos dois casos, o particular realiza atividades materiais secundárias, permitindo que o Estado exerça a fiscalização propriamente dita.

5.8.7 Polícia administrativa *versus* polícia judiciária

Conforme mencionado anteriormente, o poder de polícia constitui um complexo de atividades administrativas mais abrangentes do que as atuações de segurança pública. Assim, o poder de polícia não é privativo das "polícias". Mas o estudo das atividades estatais de prevenção e repressão à criminalidade, sob a ótica da teoria do poder de polícia, é útil para responder frequentes questões nos concursos públicos.

Tradicionalmente, a doutrina costuma dividir as atuações de segurança pública em polícia administrativa e polícia judiciária:

a) polícia administrativa: tem **caráter** predominantemente **preventivo**, atuando antes de o crime ocorrer, para evitá-lo, submetendo-se essencialmente às regras do **Direito Administrativo**. No Brasil, a polícia administrativa é associada ao chamado policiamento ostensivo, sendo realizada pela **Polícia Militar**;

b) polícia judiciária: sua atuação preponderante tem **natureza repressiva**, agindo após a ocorrência do crime para apuração da autoria e materialidade. Sujeita-se basicamente aos princípios e normas do **Direito Processual Penal**. No sistema atual, a polícia judiciária é exercida pela **Polícia Civil** e pela **Polícia Federal**.

A prova de Procurador do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou INCORRETA a assertiva: "O conceito de polícia administrativa se confunde com o de polícia judiciária".

ATENÇÃO: No regime estabelecido pela Constituição Federal de 1988, as **Guardas Civis Municipais** (GCMs) não exercem nem polícia administrativa nem polícia judiciária, tendo sua competência restrita à **conservação do patrimônio público municipal**. É o que estabelece o art. 144, § 8º, da Constituição Federal: "Os Municípios poderão constituir guardas municipais **destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações**, conforme dispuser a lei".

Quadro comparativo entre polícia administrativa e polícia judiciária

	Polícia administrativa	Polícia judiciária
Atuação predominante	Preventiva (antes do crime)	Repressiva (após o crime)
Ramo de regência	Direito Administrativo	Direito Processual Penal
Instituições que exercem	Polícia Militar	Polícia Civil e Polícia Federal

Diferenciando os dois tipos de polícia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a **polícia judiciária** tem uma atuação voltada **às pessoas**, enquanto que a **polícia administrativa** relaciona-se mais com a **atividade das pessoas**.[10]

5.8.8 Poder de polícia *versus* servidão administrativa

A servidão administrativa é uma modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada. Ao contrário do poder de polícia, a servidão atinge um bem determinado, restringindo seu uso em benefício do interesse público. Exemplo de servidão é o tombamento.

De tão frequente em provas, a comparação entre limitação administrativa (poder de polícia) e servidão administrativa merece especial destaque no estudo dos poderes da Administração.

---

10 *Curso de direito administrativo*, p. 443.

Quadro comparativo entre limitação administrativa e servidão administrativa

	Limitação administrativa (poder de polícia)	Servidão administrativa
Valores atingidos	Liberdade e propriedade	Somente propriedade
Conteúdo	Gera obrigações de não fazer	Produz dever de tolerar
Indenização	Nunca indeniza	Pode indenizar
Abrangência	É geral (vale para todos)	Atinge bem determinado
Conceito legislativo	Previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional	Não tem
Delegabilidade	Indelegável a particulares	Indelegável a particulares
Exemplos importantes	Vigilância sanitária, polícia de trânsito, regras municipais sobre direito de construir, fiscalizações em geral	Tombamento, placa com nome da rua na fachada do imóvel, passagem de fios e cabos sobre a propriedade
Dicas especiais	Natureza discricionária. Excepcionalmente pode vincular também o Estado	Se a restrição for muito excessiva, cabe ação de desapropriação indireta

5.9 INSTRUMENTOS DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE PRIVADA

Além das limitações administrativas inerentes ao poder de polícia, o ordenamento jurídico define diversos outros poderes administrativos capazes de realizar a intervenção estatal na propriedade privada com vistas a adequar o uso dos bens particulares aos imperativos do interesse público.

5.9.1 Servidão administrativa

A servidão é um **direito real público sobre propriedade alheia**, restringindo seu uso **em favor do interesse público**. Diferentemente da desapropriação, a servidão **não altera a propriedade** do bem, mas somente cria restrições na sua utilização, transferindo a outrem as **faculdades de uso e gozo**.

A prova da OAB Nacional/2009.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A servidão administrativa afeta a exclusividade do direito de propriedade, visto que transfere a outrem faculdades de uso e gozo".

Os exemplos mais comuns são: 1) placa com nome da rua na fachada do imóvel; 2) passagem de fios e cabos pelo imóvel; 3) instalação de torres de transmissão de energia em terreno privado; 4) tombamento.

Decorrente da **supremacia do interesse público sobre o privado**, a servidão, em regra, **independe de registro** para produzir seus efeitos regulares, pois sua eficácia resulta diretamente do ato de instituição.

A base normativa do instituto está nos arts. 1.378 a 1.389 do Código Civil. No entanto, a **servidão administrativa** não possui exatamente o mesmo regime jurídico da servidão privada, na medida em que aquela **atende ao interesse público** e sofre **maior influência das regras do direito administrativo**, ao passo que esta

é instituída em favor do interesse privado e submete-se exclusivamente às regras civilísticas.

Ao contrário da limitação administrativa, a servidão **atinge bem determinado**, gravando-o com restrição específica que não se estende aos demais bens. Embora o caso mais comum seja a servidão recaindo sobre bem imóvel, nada impede que atinja também **bens móveis** e **serviços**. Em casos excepcionais, admite-se a instituição de servidão **onerando bens públicos**, como na hipótese de prédio público obrigado a conservar placa indicativa do nome da rua.

Sendo uma restrição especial, a servidão **pode gerar direito à indenização** desde que o prejudicado demonstre **significativo prejuízo** decorrente da limitação imposta. Porém, a regra é não haver **indenização**. Evidente que no caso da placa com o nome da rua não há razão para pleitear qualquer reparação diante da inexistência ou insignificância da redução patrimonial **experimentada**. Já na hipótese de alguns tombamentos ambientais, a excessiva limitação imposta ao proprietário do bem, mormente quando não lhe são oferecidas contrapartidas, pode autorizar a propositura de **ação indenizatória** ou, se for o caso, de **ação de desapropriação indireta**.

A prova da Magistratura/MG considerou CORRETA a afirmação: "A servidão, ainda que represente ônus imposto à propriedade privada, por si só, não impõe a figura da indenização".

A prova da OAB Nacional/2009.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Cabe direito à indenização em qualquer das hipóteses de servidão administrativa".

A **instituição de uma servidão** pode se dar de **diversas formas**. A modalidade típica é por **acordo entre o Poder Público e o proprietário**, precedido da expedição de decreto pelo Chefe do Poder Executivo. Se o proprietário rejeitar a servidão, é possível a sua decretação por **sentença judicial**, adotando-se o mesmo procedimento previsto no Decreto-Lei n. 3.365/41 para as ações expropriatórias. Pode ocorrer ainda a **instituição forçada** de servidão por meio da imposição ilegal de restrições à propriedade, restando ao particular prejudicado pleitear judicialmente reparação dos danos sofridos. Ou ainda estabelecer a servidão por meio de **lei específica**.

A prova da OAB Nacional/2009.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "As servidões administrativas podem decorrer diretamente da lei, de acordo ou de sentença judicial".

Assim como nas servidões privadas, a servidão administrativa é caracterizada pela **perpetuidade**, cogitando-se de sua **extinção** somente em situações excepcionais, como o **desaparecimento do bem gravado, incorporação do bem ao domínio público** ou **manifesto desinteresse do Estado** em continuar utilizando parte do **domínio alheio**.[11]

A prova da OAB Nacional/2009.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Somente mediante lei pode ser extinta uma servidão administrativa".

[11] José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 735.

A prova da OAB Nacional/2009.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "O tombamento, que configura instituição de direito real de natureza pública, impõe ao proprietário a obrigação de suportar ônus parcial sobre o imóvel e não afeta o caráter absoluto do direito de propriedade".

A 176ª Prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a afirmação: "O Estado descobre sítio arqueológico com achados de valor histórico em poder de particular, sujeito à exploração econômica. Pretende preveni-lo de possível dano ou modificação, sem ônus. A alternativa a ser adotada é efetuar o tombamento, deixando-o em poder do proprietário, com as restrições legais".

5.9.2 Tombamento

Predomina doutrinariamente e nos concursos públicos o entendimento de que o tombamento é um **tipo específico de servidão**[12] instituída com **a finalidade de preservação** histórica, cultural, **arqueológica**, artística, turística ou paisagística de determinada propriedade. Posicionamentos **minoritários** consideram que a natureza jurídica do tombamento não seria de servidão, mas de **limitação administrativa**,[13] ou, para outros, consistiria em **instrumento *sui generis*** de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada.[14]

O **nome** tombamento deriva do processo utilizado em **Portugal** de registrar os bens sujeitos a regime especial de proteção nos arquivos existentes na **Torre do Tombo**.

No Brasil, o **fundamento** do referido instituto é o próprio **Texto Constitucional**, cujo art. 216, § 1º, prescreve: "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação".

A **disciplina normativa** do tombamento é realizada pelo **Decreto-Lei n. 25/37**, que prevê o **tombamento voluntário**, realizado por iniciativa do proprietário, e o **tombamento compulsório**, imposto administrativamente se o dono, após notificação, se opuser à inscrição da coisa no Livro do Tombo.

O tombamento pode recair sobre **bens móveis** ou **imóveis, públicos** ou **privados**, cuja conservação seja de interesse da coletividade (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37), sendo **obrigatória a efetivação do registro** de sua instituição no cartório competente.

Nos termos do art. 3º do decreto-lei citado, são **insuscetíveis a tombamento** as **obras de origem estrangeira**:

1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;

2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, as quais façam carreira no país;

3) que estejam vinculadas a processos sucessórios por morte ou por ausência de estrangeiros, e que continuam sujeitas à lei pessoal do proprietário;

---

12 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 899.

13 É a opinião, por exemplo, de José Cretella Júnior.

14 Por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;

5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;

6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

O tombamento **não transforma a coisa tombada em bem público**, mantendo-a no domínio do seu proprietário. Mas sujeita o dono a uma série de restrições extensivas também a **terceiros**. Exemplo de limitação imposta a terceiros está previsto no art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37: "Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do **valor do mesmo objeto**".

A prova de Procurador do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "O tombamento é a restrição parcial ao direito de propriedade privada que não retira do particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio".

A prova de Delegado de Polícia/PE considerou CORRETA a afirmação: "O tombamento de bem particular incidente sobre bem imóvel importará sujeições dirigidas também aos vizinhos do bem tombado, a despeito de estes não possuírem bem com valor a ser preservado".

Havendo interesse do proprietário em alienar onerosamente o bem tombado, deverá oferecê-lo à **União**, ao **Estado** e ao **Município**, nessa ordem, para que exerçam, pelo mesmo preço, o **direito de preferência** na aquisição da coisa (art. 22).

Desaparecendo o interesse público na manutenção do tombamento, é possível proceder à sua extinção, **de ofício** ou **a requerimento** da parte interessada, denominada **destombamento**.

5.9.3 Requisição

Estabelece o art. 5º, XXV, da Constituição Federal: "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano".

A referida norma é o fundamento constitucional do instituto da requisição, uma importante forma de intervenção estatal na propriedade privada, cuja origem remonta ao **Direito Militar Romano** na época em que os grandes deslocamentos das tropas através de propriedades privadas dependiam de simples e gratuita requisição junto aos proprietários.

Requisição é a **utilização transitória, onerosa, compulsória, discricionária e autoexecutável** de um bem privado pelo Estado em situações de **iminente perigo público**. Quanto ao regime jurídico aplicável, a requisição pode ser **civil** ou **militar**.

A 4ª Prova de Cartório/SP considerou CORRETA a afirmação: "A requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares, pelo Poder Público, por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias".

São **exemplos** de requisição comuns em concursos públicos: 1) escada para combater incêndio; 2) veículo para perseguição a criminoso; 3) barco para salvamento; 4) terreno para socorrer vítimas de acidente.

Baseada na **supremacia do interesse público sobre o privado**, a força requisitória pode recair sobre **bem móvel, imóvel** e **semovente**.

Em casos excepcionais, deve-se considerar possível também a requisição, pela União, de **bens públicos** estaduais ou municipais, assim como, pelo Estado, de bens municipais, adotando-se analogicamente a regra de desapropriações de bens públicos prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41.

Embora o Texto Constitucional faça referência à "propriedade particular", a doutrina admite **requisição de serviços**, em hipóteses como a convocação de mesários para eleição, de jurados para Tribunal do Júri e de conscritos para o serviço militar obrigatório.

Quanto à indenização de eventuais prejuízos decorrentes do uso da coisa, a Constituição determina que seja **ulterior** e paga **somente se comprovado o prejuízo**.

Importante destacar, por fim, as diferenças fundamentais entre requisição e desapropriação, conforme quadro abaixo.

Quadro comparativo entre requisição e desapropriação

	Requisição	Desapropriação
Fundamento constitucional	Art. 5º, XXV: "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano".	Art. 5º, XXIV: "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".
Natureza jurídica	Ato unilateral, discricionário, não real e autoexecutável	Procedimento administrativo
Durabilidade	Transitória	Definitiva
Objeto	Bens ou serviços	Bens ou quaisquer direitos
Motivo	Iminente perigo público	Necessidade pública, utilidade pública ou interesse social
***Status* do bem**	Permanece no domínio privado	Ingressa no domínio público
Indenização	Posterior e se houver dano	Prévia, justa e em dinheiro (regra geral)

5.9.3.1 Requisição com perda de domínio?

Há quem defenda, adotando **corrente minoritária**, a estranha possibilidade de requisição **supressiva** da propriedade recaindo **somente sobre bens fungíveis**.[15] Trata-se de uma esdrúxula adaptação de concepções civilistas acerca da requisição privada à realidade do Direito Administrativo. À luz do que dispõe o art. 5º, XXV, da CF, não há base para sustentar o uso da **requisição como meio indireto de desapropriação** sem a observância do devido processo legal e das garantias próprias do procedimento expropriatório. Além disso, a aquisição de bens privados pelo Estado, valendo-se do instituto da requisição, viola o dever constitucional de licitar (art. 37, XXI, da CF).

Prestigiando corrente minoritária, o 88º Concurso do MP/SP 2011 considerou CORRETA a afirmação: "A intervenção do Estado na propriedade particular que acarreta a perda do domínio sobre o bem, além da desapropriação, é a requisição administrativa".

5.9.4 Ocupação temporária

Ocupação provisória ou **temporária** é a modalidade de intervenção do Estado na propriedade de bens particulares em **apoio à realização de obras públicas** ou à **prestação de serviços públicos**, mediante utilização **discricionária, autoexecutável, remunerada ou gratuita** e **transitória**. Pode ter como objeto bem **móvel ou imóvel**. **Não tem natureza real**.

O exemplo mais comum é a ocupação temporária de imóvel privado para obras relacionadas à realização de desapropriação (art. 36 do Decreto-Lei n. 3.365/41).

A 38ª Prova de Cartório/RJ considerou CORRETA a afirmação: "A situação constitutiva da ocupação temporária é a realização de obras e serviços públicos normais".

A 38ª Prova de Cartório/RJ considerou CORRETA a afirmação: "A ocupação temporária constitui direito de caráter não real (igual à requisição e diferente da servidão, que é de caráter real)".

Segundo Hely Lopes Meirelles, "essa prerrogativa **pode ser transferida a concessionários e empreiteiros**, desde que autorizados pela Administração a ocupar terrenos baldios ou propriedades inexploradas, nas proximidades das obras ou serviços públicos a realizar". E completa o autor: "A ocupação temporária **não admite demolições ou alterações prejudiciais** à propriedade particular utilizada; permite, apenas, seu uso momentâneo e inofensivo, compatível com a natureza e destinação do bem ocupado".[16]

A **instituição** pode ocorrer mediante **ato formal**, na hipótese de apoio à desapropriação, ou pela simples **ocupação material** dispensando formalidade, nas situações desvinculadas de desapropriação.

Quanto ao **motivo**, a ocupação difere da requisição, pois dispensa a caracterização de iminente perigo público, podendo ser realizada em **qualquer situação de necessidade** vinculada à obra ou serviço público.

---

15 *Vide*, por exemplo, César Fiúza, *Direito civil completo*, p. 513.

16 *Direito administrativo brasileiro*, p. 600.

A respeito da **indenização**, quando a ocupação for **vinculada à desapropriação**, o art. 36 do Decreto-Lei n. 3.365/41 fala em ocupação remunerada, devendo-se considerar **obrigatória a indenização**. Nas **demais hipóteses**, a regra é a **ausência de indenização**, exceto se o proprietário demonstrar algum prejuízo especial decorrente do uso **compulsório do bem**.

A 38ª Prova de Cartório/RJ considerou CORRETA a afirmação: "A indenizabilidade varia de acordo com a modalidade de ocupação: se for vinculada à desapropriação, haverá dever indenizatório e, se não for, inexistirá em regra esse dever, a menos que haja prejuízo para o proprietário".

5.10 QUESTÕES

1. (Fiscal do ISS/SP – FCC) É adequada a invocação do poder de polícia para justificar que um agente administrativo

A) prenda em flagrante um criminoso;
B) aplique uma sansão disciplinar a um servidor subordinado seu;
C) determine a interdição de um estabelecimento que viole normas sanitárias;
D) agrida alguém, agindo em legítima defesa;
E) envie ao Ministério Público a notícia do cometimento de uma infração por um cidadão.

2. (Delegado/SC) Com relação aos poderes administrativos, correlacione as colunas a seguir.

1) Poder vinculado
2) Poder hierárquico
3) Poder de polícia
4) Poder regulamentar
5) Poder disciplinar
6) Poder discricionário

( ) É o mecanismo de que dispõe a Administração Pública para conter abusos do direito individual.
( ) É a faculdade de que dispõem os chefes do Executivo, em todas as esferas, de explicar a lei para sua correta execução.
( ) Confere ao administrador liberdade na escolha da conveniência, oportunidade e conteúdo do ato.
( ) Impõe ao agente público a restrição rigorosa aos preceitos legais, sem qualquer liberdade de ação.
( ) Tem por objetivo ordenar, controlar, coordenar e corrigir as atividades administrativas no âmbito interno da Administração Pública.
( ) É a faculdade punitiva interna da Administração e só abrange as infrações relacionadas com o serviço.

A sequência correta, de cima para baixo, é:

A) 2 – 5 – 6 – 1 – 4 – 3
B) 6 – 5 – 2 – 1 – 3 – 4
C) 1 – 4 – 2 – 6 – 5 – 3
D) 3 – 4 – 6 – 1 – 2 – 5

3. (Técnico Judiciário – TRT/PB – FCC) É certo que o poder de polícia

A) é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público;

B) preordena-se a descobrir e conduzir ao Judiciário os infratores da ordem jurídica penal;
C) caracteriza-se pela faculdade de que dispõe o administrador para distribuir e escalonar suas funções;
D) é aquele conferido à Administração Pública para aplicar penalidades a seus agentes, em razão da prática de infrações de caráter funcional;
E) se efetiva por atos administrativos expedidos por meio do exercício de uma competência vinculada, sendo incabível a discricionária.

4. (OAB/Cespe) Acerca da intervenção do Estado na propriedade, assinale a opção correta.
A) O tombamento só pode recair sobre bens imóveis.
B) A vedação de desmatamento de parte da área de floresta em cada propriedade rural é exemplo de limitação administrativa.
C) A servidão administrativa não precisa ser registrada no Registro de Imóveis.
D) O ato administrativo que formaliza a requisição não é autoexecutório, dependendo de prévia apreciação judicial ou administrativa, assegurando-se ampla defesa e contraditório.

5. (Fiscal do ICMS/SP – FCC) É manifestação típica do poder de polícia da Administração Pública a
A) prisão em flagrante de um criminoso;
B) interdição de estabelecimento comercial por agentes da vigilância sanitária;
C) criação de uma taxa decorrente de ação de fiscalização;
D) aplicação de pena a servidor público;
E) vigilância exercida sobre o patrimônio público.

6. (Agente Fiscal da Sefaz/CE – Esaf) A aplicação da penalidade de advertência a servidor público infrator, por sua chefia imediata, é ato administrativo que expressa manifestação do poder
A) hierárquico;
B) regulamentar;
C) de polícia;
D) disciplinar;
E) vinculado.

7. (OAB/Cespe) Acerca da função e dos poderes administrativos, assinale a opção correta.
A) A competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências, é definida como poder regulamentar de natureza derivada, não podendo o CNJ, diante da sua natureza administrativa, editar atos normativos primários ou autônomos.
B) São características do poder de polícia: a discricionariedade, a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a não submissão ao controle judicial.
C) O Senado Federal exerce típica função administrativa ao organizar os seus próprios serviços administrativos, como, por exemplo, ao propor projeto de lei visando implantar um novo plano de cargos e salários para os seus servidores.
D) Na definição da função administrativa, de acordo com o critério objetivo formal, a função administrativa é analisada pelo regime jurídico em que se situa a sua disciplina e não em face dos sujeitos envolvidos (critério subjetivo) ou do conteúdo da atividade (critério objetivo formal).

8. (Escrivão de Polícia/SC) De acordo com o que ensina Hely Lopes Meirelles, a administração é dotada de poderes administrativos, consectários e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos, que se constituem em instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas.
Assinale a alternativa que apresenta um poder administrativo conceituado incorretamente.

A) PODER DISCIPLINAR – É a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços de Administração.
B) PODER DE POLÍCIA – É a faculdade de que dispõe o Poder Executivo, quando está em jogo a segurança da coletividade, de empregar a força policial para garantir a tranquilidade pública.
C) PODER DISCRICIONÁRIO – É o poder que o direito concede à administração, de modo explícito ou implícito, dentro dos limites permitidos pela lei, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.
D) PODER REGULAMENTAR – É a faculdade de que dispõem os chefes de executivos (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução ou expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência, ainda não disciplinada por lei.

9. (OAB/Cespe) A frase "A decisão adotada por ocasião da aplicação da lei não reflete avaliações livres e ilimitadas do administrador, mas traduz a concretização da solução mais adequada e satisfatória, tomando em vista critérios abstratamente previstos em lei ou derivados do conhecimento técnico-científico ou da prudente avaliação da realidade" reflete, em relação ao agente público, os limites

A) da fiscalização do Tribunal de Contas competente;
B) da sua competência vinculada;
C) do controle externo cabível sobre sua competência arbitrária;
D) da sua ação discricionária.

10. (Analista Judiciário – TRT/SC – FCC) Poder regrado é aquele que o direito positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Na hipótese, o texto está discorrendo sobre o poder

A) de polícia;
B) discricionário;
C) regulamentar;
D) vinculado;
E) disciplinar.

11. Qual dos atos abaixo indica função normativa para um determinado procedimento, que é publicado por um agente público a ele vinculado e que não pode modificá-lo substancialmente, a não ser reiniciando ou recompondo o prazo para não prejudicar os interessados?

A) Adjudicação decidida por um servidor do Poder Legislativo.
B) Ato do Poder Legislativo exercendo função administrativa.
C) Edital de concurso publicado por um Tribunal de Justiça.
D) Audiência pública prévia à edição de uma resolução normativa.

12. Quando o administrador socorre-se de parâmetros normativos e se vale de procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei, para balancear os interesses em jogo e tomar uma decisão que tenha mais legitimidade, diz-se que ele

A) instituiu privilégio para atender ao princípio da supremacia do interesse público;
B) aplicou a verticalidade das relações entre Estado e particular;
C) exerceu discricionariedade;
D) realizou uma competência vinculada.

13. A figura da intervenção estatal que leva em conta a necessidade pública urgente e temporária, voltada para bens e serviços de particulares, requerendo, autoexecutoriamente, o uso dos mesmos, e sujeitando o Poder Público a ulterior indenização, se tiver infligido dano reparável ao particular, denomina-se
A) poder de polícia;
B) desapropriação por interesse público;
C) servidão pública que imponha à propriedade particular ônus real de uso;
D) requisição administrativa.

14. (OAB/SP) Um município situado à beira-mar, para proteger fauna e flora nativas da Mata Atlântica, estabeleceu restrições ao acesso à praia, regrando o funcionamento de barracas, entrada de carros etc. Tem, o Município, competência para estabelecer tais restrições?
A) Não, porque praia é bem público de uso comum, de propriedade da União.
B) Sim, calcado no seu poder de polícia municipal.
C) Sim, desde que tenha a União, por convênio, delegado ao Município a fiscalização de bem público federal.
D) Não, porque cabe apenas à União estabelecer normas gerais sobre preservação ambiental.

15. É característica própria do Poder Regulamentar da Administração Pública:
A) impor obrigação de fazer ou de não fazer;
B) possibilitar a inovação na ordem jurídica;
C) ser expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei;
D) ser ato geral, concreto, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

16. (Técnico Judiciário – TRT/Campinas – FCC) Quanto à discricionariedade e vinculação do ato administrativo, é correto que
A) ato discricionário é aquele em que o administrador tem certa liberdade de escolha, especialmente quanto à conveniência e oportunidade;
B) discricionariedade e arbitrariedade são expressões sinônimas;
C) no ato vinculado a lei estabelece quase todos os requisitos e condições de sua realização, deixando pouca margem de liberdade ao administrador;
D) quanto aos elementos competência e finalidade do ato administrativo, a lei pode deixar à livre apreciação da autoridade tanto no ato discricionário quanto no ato vinculado;
E) o Poder Judiciário pode apreciar o ato administrativo quanto aos aspectos da conveniência e oportunidade.

17. A passagem de fios elétricos de alta tensão sobre propriedade particular caracteriza
A) ocupação administrativa;
B) servidão civil;
C) limitação administrativa;
D) servidão administrativa.

18. (Técnico do MP/SC) A faculdade que dispõe a Administração Pública de aplicar sanções relativas a infrações funcionais de seus servidores caracteriza o poder

A) disciplinar;
B) de liderança;
C) autocrático;
D) público;
E) de complementação.

19. (OAB/SP) O poder regulamentar de que dispõem os Chefes de Executivos, no que tange às leis, é

A) exercitável, mesmo relativamente àquelas cujo veto de que foram objeto tenha sido rejeitado;
B) delegável;
C) de exercício indispensável, para que sejam exequíveis;
D) instrumental hábil à correção de eventuais equívocos, no âmbito do conteúdo.

20. (Técnico Judiciário – TRT/Campinas – FCC) Sobre a competência, no âmbito do processo administrativo regulado pela Lei n. 9.784/99, é certo que

A) ela é irrenunciável;
B) a decisão de recursos administrativos pode ser objeto de delegação, desde que para autoridade imediatamente subordinada;
C) o ato de delegação dispensa a publicação em meio oficial se for expressamente cientificada a autoridade delegada e seus subordinados;
D) o ato de delegação é irrevogável antes de completar um ano da sua expedição;
E) é vedada a avocação de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

21. Município cobra remuneração mensal de concessionária de serviço público de telefonia para utilizar seu subsolo, na passagem de cabos de fibra ótica. A doutrina diverge sobre a possibilidade desta cobrança. O argumento jurídico mais consistente que o Procurador do Município deverá utilizar, para sustentar a pretensão, é tratar-se de

A) indenização pela servidão de passagem;
B) cobrança de taxa pelo uso do bem público;
C) cobrança de preço público porque o serviço público da concessionária é da órbita federal;
D) indenização pelos danos causados ao subsolo na construção dos dutos para colocação dos cabos de fibra ótica.

22. (Técnico Legislativo/SC) _____ é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. Assinale a alternativa que completa o espaço adequadamente.

A) Poder disciplinar.
B) Poder regulamentar.
C) Poder de polícia.
D) Poder hierárquico.
E) Poder discricionário.

23. (OAB/SP) A exigência imposta por lei municipal, determinativa de recuo de certo número de metros na construção a ser levantada em terreno urbano, constitui

A) limitação administrativa;
B) servidão predial;
C) desapropriação parcial do terreno;
D) servidão administrativa.

24. É característica das limitações administrativas à propriedade

A) implicarem restrição geral e gratuita, imposta indeterminadamente a propriedades, pelo Poder Público, em benefício da coletividade;
B) implicarem ônus real, ficando, o bem gravado, em estado de especial sujeição à utilidade pública;
C) gerarem, para o Poder Público, obrigação de indenizar o proprietário do bem atingido;
D) decorrerem de ato específico da Administração, individualizando o bem ou os bens a serem gravados.

25. (Analista Judiciário – TRT/AL – FCC) O Poder Público lançou mão, urgente e transitoriamente, de um prédio de três andares, pertencente a João Silva, empresário do ramo de equipamentos de incêndio, para atender demanda de perigo iminente. Nesse caso, ele o fez, corretamente, por meio de

A) limitação administrativa;
B) ocupação temporária;
C) desapropriação indireta;
D) servidão administrativa;
E) requisição.

26. Entre os poderes da Administração, é incorreto afirmar que

A) o poder hierárquico consiste em avocar atribuições, desde que estas não sejam da competência exclusiva do órgão subordinado;
B) o poder normativo interno, decorrente da relação hierárquica, consiste na expedição de atos normativos, como resoluções, portarias e instruções, com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados;
C) o poder normativo autônomo, exercido também privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, consiste na expedição de decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei;
D) o poder normativo regulamentar, exercido privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, consiste na regulamentação das leis por meio da expedição de decretos e regulamentos para sua fiel execução.

27. (Escrivão de Polícia/SC) A atividade destinada a disciplinar direito, interesse ou liberdade, regulando a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, ao exercício da atividade econômica, dentre outros, é denominado de

A) poder de polícia ostensiva;
B) poder de polícia judiciária;
C) poder de polícia administrativa;
D) poder normativo da Administração Pública.

28. Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelo administrado, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público, é

A) serviço público;
B) intervenção econômica;
C) polícia administrativa;
D) fomento.

29. (Técnico do MP/SC) A atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direitos, interesses ou liberdades individuais, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público, nos limites da lei e com observância do devido processo legal, constitui mais propriamente o exercício do poder

A) disciplinar;
B) de polícia;
C) regulamentar;
D) hierárquico;
E) de competência.

30. (OAB/SP) Quando o Estado impõe limitação à liberdade ou à propriedade do administrado, sem que haja total despojamento desses direitos, o que acarretaria indenização, está-se falando em

A) desapropriação;
B) poder de polícia;
C) servidão administrativa;
D) intervenção estatal.

31. (Analista Judiciário – TRT/SP – FCC) De acordo com a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a competência

A) é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos;
B) para decisão de recursos administrativos é delegável;
C) não pode ser delegada para órgão que não seja hierarquicamente subordinado ao órgão delegante;
D) para edição de atos normativos pode ser delegada;
E) pode ser feita por ato interno, desnecessária a sua publicação.

32. A liberdade é a regra. A intervenção estatal do poder de polícia, a exceção, que só se justifica

A) quando indispensável à coexistência ordenada das liberdades;
B) pelo princípio da separação de poderes;
C) pelo princípio da razoabilidade dos atos vinculados;
D) quando indispensável à motivação dos atos administrativos.

33. (Técnico Judiciário – TRT/RJ – Cespe) Em relação ao exercício da competência administrativa e ao regramento que lhe dá a Lei n. 9.784/99, assinale a opção correta:

A) A decisão de recurso administrativo pode ser delegada pelo agente público competente a servidor que tenha curso de capacitação específico para a matéria objeto de julgamento, nos termos do regimento interno de autarquia federal.
B) A delegação não extingue a possibilidade de o delegante a revogar e, em assim fazendo, poder praticar o ato administrativo.
C) O ato de delegação deve ser publicado no meio oficial, mas a sua revogação, por restaurar competência legal, dispensa a publicização.
D) A avocação administrativa viola o princípio do juiz natural e é vedada pela Lei n. 9.784/99.
E) Circunstâncias de índole social não autorizam a delegação de competência administrativa.

34. Utilização transitória e cogente de bens ou serviços, diante de perigo público iminente, indenizável *a posteriori*, chama-se

A) requisição;
B) tombamento;
C) expropriação;
D) limitação administrativa.

6

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

6.1 INTRODUÇÃO

A moderna teoria do órgão público sustenta que as **condutas praticadas por agentes públicos**, no exercício de suas atribuições, **devem ser imputadas ao Estado**. Assim, quando o agente público atua, considera-se que o Estado atuou. Essa noção de imputação é reforçada também pelo princípio da impessoalidade, que assevera ser a função administrativa exercida por agentes públicos "sem rosto", por conta da direta atribuição à Administração Pública das condutas por eles praticadas.

A prova de Procurador Federal/2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "As ações dos entes políticos – como União, Estados, Municípios e Distrito Federal – concretizam-se por intermédio de pessoas físicas, e, segundo a teoria do órgão, os atos praticados por meio desses agentes públicos devem ser imputados à pessoa jurídica de Direito Público a que pertencem".

Nesse contexto, é natural considerar que o Estado responde pelos prejuízos patrimoniais causados pelos agentes públicos a particulares, em decorrência do exercício da **função administrativa**.

A prova de Procurador do Estado da Paraíba/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Um policial militar do Estado da Paraíba, durante período de folga, em sua residência, tem um desentendimento com sua companheira e lhe desfere um tiro com uma arma pertencente à corporação. Considerando o ato hipotético praticado pelo referido policial, é correto afirmar que não há responsabilidade civil do Estado, pois o dano foi causado por policial fora de suas funções públicas".

Levando em conta a **natureza patrimonial** dos prejuízos ensejadores dessa reparação, conclui-se que tal **responsabilidade é civil**. A **responsabilidade é extracontratual** por vincular-se a danos sofridos em **relações jurídicas de sujeição geral**. As indenizações devidas a pessoas que mantêm especial vinculação contratual com o Estado são disciplinadas por regras diferentes daquelas estudadas no capítulo da responsabilidade civil extracontratual.

Assim, o tema responsabilidade do Estado investiga o **dever estatal de ressarcir particulares** por prejuízos civis e extracontratuais experimentados **em decorrência de ações ou omissões de agentes públicos** no exercício da função

A prova da Defensoria Pública da União elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a proposição: "A ação indenizatória decorrente de danos morais tem caráter pessoal, pois o herdeiro não sucede no sofrimento da vítima nem pode ser indenizado por dor alheia. Por isso, se o autor falecer no curso do processo, não poderá ocorrer substituição processual no polo ativo da demanda. Nesse caso, o processo será extinto sem resolução de mérito, por perda superveniente da legitimidade *ad causam* do autor".

A prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a proposição: "O § 6º do art. 37 da Constituição da República manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo".

administrativa. Os danos indenizáveis podem ser materiais, **morais** ou estéticos.

O tema é disciplinado pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou **culpa**".

Antes de analisarmos detalhadamente os elementos componentes do tratamento constitucional atualmente dispensado à matéria, é fundamental compreender as linhas gerais da evolução histórica da responsabilidade estatal.

6.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Até chegar ao estágio atual, a teoria da responsabilidade do Estado passou por **três fases** principais: 1ª) teoria da **irresponsabilidade estatal**; 2ª) teoria da **responsabilidade subjetiva**; 3ª) teoria da **responsabilidade objetiva**.

Evidentemente que em cada país a evolução histórica da responsabilidade estatal seguiu um ritmo próprio. Assim, a data de passagem de uma teoria para outra sofre variação, dependendo do direito positivo. Procuramos indicar as datas normalmente associadas à transição das etapas evolutivas nos países ocidentais europeus e, especialmente, no Brasil.

6.2.1 Teoria da irresponsabilidade estatal (até 1873)

Também chamada de **teoria feudal, regalista** ou **regaliana**, a teoria da irresponsabilidade do Estado era própria dos **Estados Absolutistas** nos quais a vontade do Rei tinha força de lei. Assim, a exacerbação da ideia de **soberania** impedia admitir que os súditos pudessem pleitear indenizações por danos decorrentes da atuação governamental. Em grande parte, essa situação resultou da então **concepção político-teológica** que sustentava a **origem divina do poder**. Os governantes eram considerados **"representantes de Deus na terra"**, escolhidos e investidos diretamente pela própria divindade. Por isso, eventuais prejuízos causados pelo Estado deveriam ser atribuídos à **providência divina** e, se Deus não erra, o **atributo da inerrância** se estendia aos governantes nomeados por Ele.

Essa inerrância dos governantes foi sintetizada em duas frases que resumiam bem o espírito do período: **"o rei não erra"** ("the king can do no **wrong**" ou "le roi ne peut mal faire") e **"aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei"** ("quod principi placuit habet legis vigorem").

A prova de Procurador do Estado/CE elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a proposição: "Nos Estados absolutistas, negava-se a obrigação da Administração Pública de indenizar os prejuízos causados por seus agentes aos administrados, com fundamento no entendimento de que o Estado não podia causar males ou danos a quem quer que fosse ('the king can do no wrong'). Segundo a classificação da doutrina, a teoria adotada nesse período era a teoria do risco integral".

O período da irresponsabilidade estatal começou a ser superado por influência do direito francês. **Em 17 de fevereiro de 1800**, ou 28 de Pluvioso do ano VIII no calendário pós-revolucionário, foi promulgada uma **lei francesa** disciplinando o **ressarcimento de danos** advindos de **obras públicas**.

Mas o grande evento que motivou a superação da teoria da irresponsabilidade foi a **decisão de 8 de fevereiro de 1873**, tomada pelo **Tribunal de Conflitos na França**, conhecida como **Aresto Blanco**.[1]

> HISTÓRICO DO ARESTO BLANCO: O Tribunal de Conflitos é o órgão da estrutura francesa que decide se uma causa vai ser julgada pelo Conselho de Estado ou pelo Poder Judiciário. Em 8 de fevereiro de 1873, sob a relatoria do conselheiro David, o Tribunal de Conflitos analisou o caso da menina Agnès Blanco que, brincando nas ruas da cidade de Bordeaux, foi atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança entrou com ação de indenização fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros na prestação de serviços públicos. O Aresto Blanco foi o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. Por isso, o ano de 1873 pode ser considerado o divisor de águas entre o período da irresponsabilidade estatal e a fase da responsabilidade subjetiva.

Atualmente, não há mais nenhum caso de país ocidental que ainda adote a teoria regalista ou da irresponsabilidade. Os **Estados Unidos** e a **Inglaterra**, últimos redutos de sua aplicação, passaram a admitir a responsabilidade estatal com as publicações do **"Federal Tort Claims"** em 1946 e do **"Cromn Proceeding Act"** em 1947.

6.2.2 Teoria da responsabilidade subjetiva (1874 até 1946)

Conhecida também como **teoria da responsabilidade com culpa, teoria intermediária, teoria mista** ou **teoria civilista**, a teoria da responsabilidade subjetiva foi a primeira tentativa de explicação a respeito do dever estatal de indenizar particulares por prejuízos decorrentes da prestação de serviços públicos.

Indispensável para a admissibilidade da responsabilização estatal foi uma nova concepção política chamada de **teoria do fisco**. A teoria do fisco sustentava que o

[1] Devido à origem francesa da decisão, deve-se pronunciar *arésto Blancô*.

Estado possuía **dupla personalidade**: uma **pessoa soberana**, infalível, encarnada na figura do monarca e, portanto, insuscetível a condenação indenizatória; e outra, **pessoa exclusivamente patrimonial**, denominada "fisco", capaz de ressarcir particulares por prejuízos decorrentes da atuação de agentes públicos.

A **visão "esquizofrênica"** da dupla personalidade estatal foi decisiva para, num primeiro momento, conciliar a possibilidade de condenação da Administração e a noção de soberania do Estado.

A teoria subjetiva estava apoiada na **lógica do direito civil** na medida em que o **fundamento** da responsabilidade é a noção de **CULPA**. Daí a necessidade de a vítima comprovar, para receber a indenização, a ocorrência simultânea de **quatro requisitos**: a) **ato**; b) **dano**; c) **nexo causal**; d) **culpa ou dolo**.

Assim, para a teoria subjetiva é sempre necessário demonstrar que o agente público atuou com intenção de lesar (dolo), com culpa, erro, falta do agente, falha, atraso, negligência, imprudência, imperícia.

Embora tenha representado grande avanço em relação ao período anterior, a teoria subjetiva nunca se ajustou perfeitamente às relações de direito público diante da **hipossuficiência do administrado** frente ao Estado. A dificuldade da vítima em comprovar judicialmente a ocorrência de culpa ou dolo do agente público prejudicava a aplicabilidade e o funcionamento prático da teoria subjetiva.

Foi necessário desenvolver uma teoria adaptada às peculiaridades da relação desequilibrada entre o Estado e o administrado.

Entretanto, importante destacar que, excepcionalmente, a **teoria subjetiva** ainda é aplicável no direito público brasileiro, em especial quanto aos **danos por omissão** e na **ação regressiva**.

6.2.3 Teoria da responsabilidade objetiva (1947 até hoje)

Mais apropriada à realidade do Direito Administrativo a teoria objetiva, também chamada de **teoria da responsabilidade sem culpa** ou **teoria publicista**, afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público e **fundamenta o dever de indenizar** na noção de **RISCO**. Quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, **independentemente da existência de culpa ou dolo**.

A prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a proposição: "A teoria da culpa administrativa, transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo, leva em conta a falta do serviço e a culpa subjetiva do agente".

A doutrina costuma afirmar que a **transição** para a teoria publicista deveu-se à concepção de **culpa administrativa**, teoria que representou uma adaptação da visão civilista à realidade da Administração Pública.

Via de regra, a adoção da teoria objetiva **transfere o debate sobre culpa ou dolo para a ação regressiva** a ser intentada pelo Estado contra o agente público, após a condenação estatal na ação indenizatória. Foi o que aconteceu **no Brasil após a Constituição Federal de 1946**: a discussão sobre culpa ou dolo foi deslocada para a ação regressiva. É o que se infere da

norma contida no art. 194 da Constituição Federal de 1946, cujo conteúdo foi reproduzido nas constituições seguintes: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á **ação regressiva** contra os funcionários causadores do dano, **quando tiver havido culpa destes**".

Para a teoria objetiva, o pagamento da indenização é efetuado somente após a comprovação, pela vítima, de **três requisitos**: a) **ato**; b) **dano**; c) **nexo causal**.

A prova de Agente Financeiro da CGU/2006 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "A responsabilidade objetiva do Estado, em última análise, resulta na obrigação de indenizar quem tenha sido vítima de algum procedimento ou acontecimento, que lhe produza alguma lesão, na esfera juridicamente protegida, para cuja configuração sobressai relevante haver nexo causal entre aquele comportamento e o dano causado".

Ao invés de indagar sobre a falta do serviço (*faut du service*), como ocorreria com a teoria subjetiva, a teoria objetiva exige apenas um **fato do serviço**, causador de danos ao particular.

A teoria objetiva baseia-se na ideia de **solidariedade social**, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes de prejuízos especiais que oneram determinados particulares. É por isso, também, que a doutrina associa tal teoria às noções de **partilha de encargos** e **justiça distributiva**.

Duas **correntes internas** disputam a primazia quanto ao modo de compreensão da responsabilidade objetiva: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.

A **teoria do risco integral** é uma **variante radical** da responsabilidade objetiva, sustentando que a comprovação de ato, dano e nexo é suficiente para determinar a **condenação estatal em qualquer circunstância**.

Já a teoria do **risco administrativo**, variante **adotada pela Constituição Federal de 1988**, reconhece a existência de **excludentes** ao dever de indenizar, conforme detalhamento indicado nos itens seguintes.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a proposição: "A vítima de 'bala perdida' teria mais condições de ser indenizada pelo Estado brasileiro se nossa Constituição adotasse a teoria da responsabilidade objetiva do risco integral".

Enfatizando, a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria **objetiva** na variação do **risco administrativo** (art. 37, § 6º).

Quadro comparativo entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva

	Teoria subjetiva	Teoria objetiva
Vigência	1873 a 1946	1946 até hoje
Fundamento	culpa	risco
Noção central	falta do serviço (*faute du service*)	fato do serviço
Requisitos	ato, dano, nexo e culpa ou dolo	ato, dano e nexo causal
Constituição Federal de 1988	adotou somente para danos por omissão e na ação regressiva	é a teoria adotada como regra geral pela CF/88, na modalidade do risco administrativo

6.3 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

As Constituições Federais de **1824** e **1891** não faziam qualquer referência à responsabilização estatal por prejuízos causados a particulares. Havia somente dispositivos prevendo a **responsabilidade do funcionário público** em caso de abuso ou omissão. Algumas leis, entretanto, mencionavam uma responsabilidade **solidária** entre o Estado e o funcionário por danos causados na prestação de serviços, como transporte ferroviário e correios.

O **Código Civil de 1916** adotou a **teoria subjetiva civilista** para danos causados pelo Estado. Nesse sentido, o art. 15 do Código Beviláqua prescrevia: "As **pessoas jurídicas de direito público** são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, **procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei**, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

As Constituições de **1934** e **1937** reforçaram a aplicação da teoria subjetiva e estabeleceram a **responsabilidade solidária** entre a Fazenda Pública e o funcionário por prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Divisor de águas no direito brasileiro, a **Constituição de 1946** passou a adotar a **teoria objetiva** por força de seu art. 194: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes". Conforme mencionado anteriormente, a partir da Constituição Federal de 1946 a **discussão sobre culpa ou dolo foi deslocada** da ação indenizatória **para a ação regressiva** intentada pelo **Estado contra o agente público**.

A prova de Agente da Polícia Federal elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A responsabilidade civil do servidor decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores, e, tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor ou o sucessor, perante a Fazenda Pública, em ação regressiva".

A **Carta de 1967**, em seu art. 105, acrescentou a necessidade de comprovação de **culpa ou dolo** para responsabilização do agente público **na ação regressiva**. Com isso, tornou-se claro que a responsabilidade do Estado é objetiva, mas o **agente público responde subjetivamente** pelos prejuízos que causar no exercício da função administrativa. A Carta de 1969 nada acrescentou ao tema.

A **Constituição Federal de 1988**, em seu art. 37, § 6º, estabelece que "as pessoas jurídicas de direito público **e as de direito privado prestadoras de serviços**

públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos **casos de dolo ou culpa**". A referência inovadora às "pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos" implica a conclusão de que, com o texto de 1988, **a responsabilidade objetiva é garantia do usuário, independentemente de quem realize a prestação do serviço público**.

A prova de Defensor Público/BA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "No art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado (estendida às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos) e a da responsabilidade subjetiva do agente".

O **Código Civil de 2002** enfatiza a aplicação da **teoria objetiva** para os danos causados pelo Estado. É o que estabelece o seu art. 43: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

A jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** também tem contribuído no enfrentamento de temas específicos relativos à responsabilidade do Estado.

No julgamento do **RE 262.651/SP**, em 16 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal firmou o controvertido entendimento de que a **responsabilidade dos concessionários** de serviço público é objetiva perante usuários, mas **subjetiva perante terceiros não usuários**.

Em 15 de agosto de 2006, o Tribunal passou a **rejeitar a propositura de ação indenizatória** *per saltum* diretamente **contra** a pessoa física do **agente público**, ao argumento de que a ação regressiva constitui garantia em favor do agente público no sentido de não ser acionado pela vítima para ressarcimento de prejuízo causado no exercício de **função pública** (RE 327.904/SP).

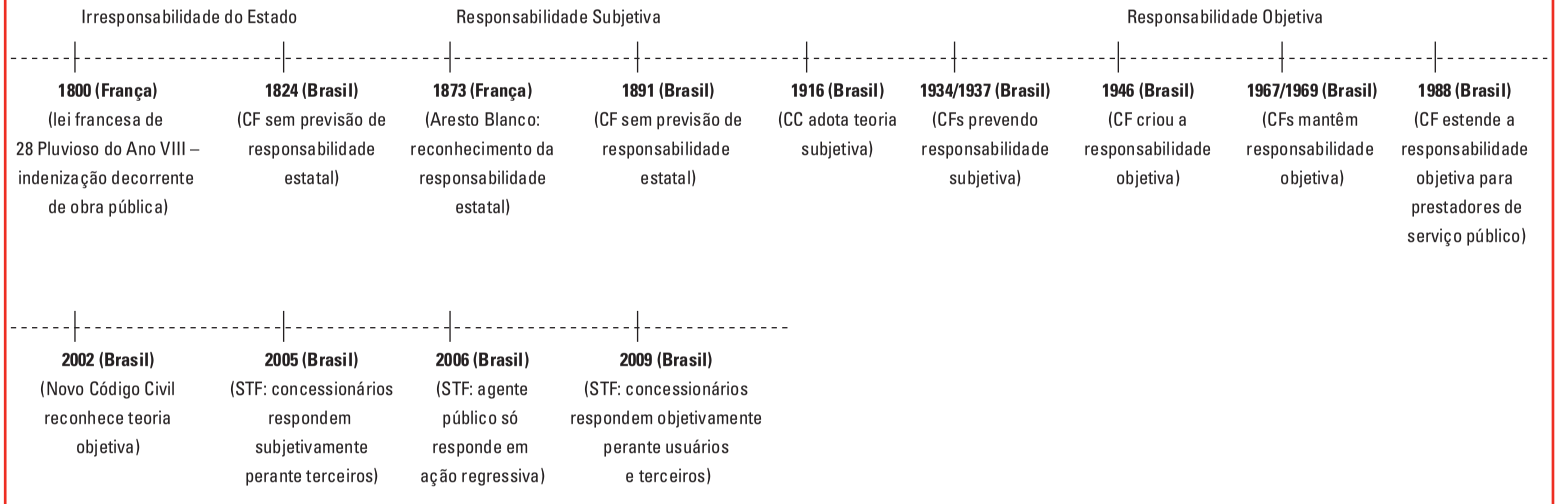
A prova da OAB Nacional 2006.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A ação de responsabilidade objetiva, com fundamento na Constituição da República, não pode ser proposta contra o servidor causador do dano, conforme entendimento do STF".

O Supremo Tribunal Federal, alinhando-se à doutrina majoritária, alterou o entendimento sobre **responsabilidade dos concessionários** de serviço público, voltando a considerar aplicável a **teoria objetiva** para danos causados **a usuários e a terceiros não usuários** (RE 591.874/MS, j. em 26-8-2009).

6.4 LINHA DO TEMPO

Com base nas informações acima indicadas sobre a evolução histórica da responsabilidade do Estado, é possível estabelecer uma linha do tempo, a fim de facilitar a assimilação dos eventos fundamentais para o desenvolvimento da teoria no Brasil e no mundo.

Linha do Tempo: Evolução histórica da responsabilidade do Estado


Irresponsabilidade do Estado
Responsabilidade Subjetiva
Responsabilidade Objetiva
1800 (França) (lei francesa de 28 Pluvioso do Ano VIII – indenização decorrente de obra pública)
1824 (Brasil) (CF sem previsão de responsabilidade estatal)
1873 (França) (Aresto Blanco: reconhecimento da responsabilidade estatal)
1891 (Brasil) (CF sem previsão de responsabilidade estatal)
1916 (Brasil) (CC adota teoria subjetiva)
1934/1937 (Brasil) (CFs prevendo responsabilidade subjetiva)
1946 (Brasil) (CF criou a responsabilidade objetiva)
1967/1969 (Brasil) (CFs mantêm responsabilidade objetiva)
1988 (Brasil) (CF estende a responsabilidade objetiva para prestadores de serviço público)
2002 (Brasil) (Novo Código Civil reconhece teoria objetiva)
2005 (Brasil) (STF: concessionários respondem subjetivamente perante terceiros)
2006 (Brasil) (STF: agente público só responde em ação regressiva)
2009 (Brasil) (STF: concessionários respondem objetivamente perante usuários e terceiros)

6.5 RESPONSABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A responsabilidade do Estado é disciplinada pelo **art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988**: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Inicialmente, pode-se notar que a Constituição Federal adotou, como regra, a **teoria objetiva** na modalidade do **risco administrativo**. Isso significa que o pagamento da indenização não precisa de comprovação de culpa ou dolo (objetiva) e que existem exceções ao dever de indenizar (risco administrativo).

A completa compreensão do referido dispositivo exige o desdobramento da norma em três partes:

a) as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros: União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, fundações e associações públicas são pessoas jurídicas de direito público e, **por ostentarem natureza pública**, respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causem a particulares. Importante notar que o Texto Constitucional, quanto às referidas pessoas jurídicas de direito público, não condiciona a responsabilidade objetiva ao tipo de atividade exercida. Por isso, a responsabilidade objetiva decorre da personalidade pública e **será objetiva independentemente da atividade desempenhada**: prestação de serviço público, exercício do poder de polícia, intervenção no domínio econômico, atividade normativa ou qualquer outra manifestação da função administrativa;

Confirmando a tese de que pessoas jurídicas de direito público respondem pela teoria objetiva independentemente da atividade exercida, a prova de Advogado do Instituto Rio Branco elaborada pela Esaf considerou ERRADA a assertiva: "Respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causem nessa qualidade as agências reguladoras de atividades econômicas".

b) as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros: empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionários e **permissionários** são pessoas jurídicas de direito privado e, como tal, não estão inerentemente vinculadas à responsabilidade objetiva, como ocorre com as pessoas de direito público. Assim, as **pessoas de direito privado respondem objetivamente enquanto prestam serviços públicos** como uma decorrência do regime jurídico próprio do serviço público, e

A prova da Defensoria Pública da União/2001 elaborada pelo Cespe considerou FALSA a afirmação: "No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva é restrita ao Estado e às pessoas jurídicas integrantes de sua administração indireta".

A prova de Fiscal do ISS/SP elaborada pela FCC considerou CORRETA a proposição: "A responsabilidade objetiva, incidente quanto às pessoas jurídicas de direito público, estende-se, entre outros casos, nos termos da Constituição Federal, a uma empresa privada concessionária de serviços públicos".

Cometendo grave erro ao estender a aplicação da teoria objetiva a todas as entidades da Administração Indireta, a prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a proposição: "Todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos são obrigados a indenizar o dano causado por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão".

A 179ª Prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a proposição: "O empregado de pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, é considerado agente para efeito de responsabilidade civil administrativa".

A prova da Defensoria Pública da União/2001 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "As sociedades de economia mista, independentemente do seu objeto social, submetem-se à responsabilidade objetiva pelo dano que seus agentes causarem a terceiros".

não pela qualidade da **pessoa**. É que a **responsabilidade objetiva é garantia do usuário** independentemente de quem realize a prestação. Por isso, **desempenhando outras atividades**, como uma atividade econômica, por exemplo, empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas somente à **responsabilidade subjetiva**;

c) assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa: a Constituição Federal prevê a utilização de ação regressiva contra o agente, mas somente nos casos de culpa ou dolo. Assim, a **responsabilidade do agente público é subjetiva**, pois pressupõe a existência de culpa ou dolo.

6.6 FUNDAMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR

O dever estatal de indenizar particulares por danos causados por agentes públicos encontra **dois fundamentos**: legalidade e igualdade.

Quando o **ato lesivo** for **ilícito**, o fundamento do dever de indenizar é o **princípio da legalidade**, violado pela conduta praticada em desconformidade com a legislação.

No caso, porém, de **ato lícito** causar prejuízo especial a particular, o fundamento para o dever de indenizar é a igual repartição dos encargos sociais, ideia derivada do **princípio da isonomia**.

6.7 RISCO INTEGRAL E RISCO ADMINISTRATIVO

Existem **duas correntes** distintas da teoria objetiva: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.

A **teoria do risco integral** é uma **variação radical** da responsabilidade objetiva, que sustenta ser devida a indenização sempre que o Estado causar prejuízo a particulares, **sem qualquer excludente**. Embora seja a visão **mais favorável à vítima**, o caráter absoluto dessa concepção **produz injustiça**, especialmente diante de casos em que o dano é produzido em decorrência de ação deliberada da própria vítima. Não há notícia de nenhum país moderno cujo direito positivo tenha adotado o risco integral como regra geral aplicável à responsabilidade do Estado, **jamais tendo sido adotada entre nós**. Sua admissibilidade transformaria o **Estado** em verdadeiro **indenizador universal**.

A prova de Analista Jurídico da Sefaz/CE elaborada pela Esaf considerou CORRETA a proposição: "A teoria que responsabiliza o Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros sem admitir qualquer excludente de responsabilidade em defesa do Estado denomina-se teoria do risco integral".

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "No campo da Responsabilidade Extracontratual do Estado, diz-se que este não se converte em Segurador Universal, visto que o direito brasileiro não adota a teoria do Risco Integral".

A teoria do risco integral, entretanto, é **aplicável no Brasil** em **situações excepcionais**:

a) acidentes de trabalho (infortunística): nas relações de emprego público, a ocorrência de eventual acidente de trabalho impõe ao Estado o dever de indenizar em quaisquer casos, aplicando-se a teoria do risco integral;

b) indenização coberta pelo seguro obrigatório para automóveis (DPVAT): o pagamento da indenização do DPVAT é efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado (art. 5º da Lei n. 6.194/74);

c) atentados terroristas em aeronaves: por força do disposto nas Leis n. 10.309/2001 e n. 10.744/2003, a **União assumiu despesas de responsabilidade** civil perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados **por atentados terroristas**, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi-aéreo (art. 1º da Lei n. 10.744/2003). Tecnicamente, trata-se de uma **responsabilidade estatal por ato de terceiro**, mas que se sujeita à aplicação da teoria do risco integral porque não prevê excludentes ao dever de indenizar. A curiosa Lei n. 10.744/2003 foi uma **resposta do governo** brasileiro à crise no setor de aviação civil após os atentados de **11 de setembro** de 2001 nos Estados Unidos. O objetivo dessa assunção de responsabilidade foi reduzir o valor dos contratos de seguro obrigatórios para companhias aéreas e que foram exorbitantemente majorados após o 11 de Setembro;

d) dano ambiental: por força do art. 225, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, há quem sustente que a reparação de prejuízos ambientais causados pelo Estado seria submetida à teoria do risco integral. Porém, considerando a posição majoritária entre os jusambientalistas, é **mais seguro defender** em concursos a **aplicação da teoria do risco administrativo** para danos ambientais;

e) dano nuclear: assim como ocorre com os danos ambientais, alguns administrativistas têm defendido a aplicação da teoria do risco integral para reparação de prejuízos decorrentes da atividade nuclear, que constitui monopólio da União (art. 177, V, da CF). Entretanto, a Lei de Responsabilidade Civil por Danos Nucleares – Lei n. 6.653/77, prevê **diversas excludentes** que afastam o dever de o operador nuclear indenizar prejuízos decorrentes de sua atividade, tais como: culpa exclusiva da vítima, conflito armado, atos de hostilidade, guerra civil, insurreição e excepcional fato da natureza (arts. 6º e 8º). Havendo excludentes previstas diretamente na legislação, impõe-se a conclusão de que a reparação de prejuízos nucleares, **na verdade, sujeita-se à teoria do risco administrativo**.

A prova de Fiscal do INSS elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: "Será subjetiva a responsabilidade civil do Estado por acidentes nucleares".

O **direito positivo brasileiro**, com as exceções acima mencionadas, **adota** a responsabilidade objetiva na variação da **teoria do risco administrativo. Menos vantajosa** para a vítima do que a do risco integral, a teoria do risco administrativo **reconhece excludentes** da responsabilidade estatal. Excludentes são circunstâncias que, ocorrendo, afastam o dever de indenizar. **São três**:

A prova da Defensoria Pública da União/2001 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A teoria do risco administrativo, base para a responsabilidade objetiva do Estado, admite a exclusão da responsabilidade estatal nos casos de comprovação de culpa exclusiva da vítima".

A prova da Defensoria Pública da União elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a proposição: "Segundo a teoria da causalidade adequada, quando inúmeras e sucessivas causas contribuem para a produção do evento danoso, todas as concausas são consideradas adequadas a produzir esse evento, uma vez que, sem elas, o resultado não teria ocorrido, imputando-se o dever de reparar o dano a todas ou a qualquer das pessoas que o provocaram".

a) culpa exclusiva da vítima: ocorre culpa exclusiva da vítima quando o prejuízo é consequência da **intenção deliberada do próprio prejudicado**. São casos em que a vítima utiliza a prestação do serviço público para causar um dano a si própria. Exemplos: suicídio em estação do Metrô; pessoa que se joga na frente de viatura para ser atropelada.

Diferente é a solução para os casos da chamada **culpa concorrente**, em que a vítima e o agente público provocam, por culpa recíproca, a ocorrência do prejuízo. Nesses casos, fala-se em **concausas**. Exemplo: acidente de trânsito causado porque a viatura e o carro do particular invadem ao mesmo tempo a pista alheia. Nos casos de culpa concorrente, a questão se resolve com a **produção de provas periciais** para determinar **o maior culpado**. Da maior culpa, desconta-se a menor, realizando um processo denominado **compensação de culpas**. A culpa concorrente **não é excludente** da responsabilidade estatal, como ocorre com a culpa exclusiva da vítima. Na verdade, a culpa concorrente é **fator de mitigação** ou **causa atenuante** da responsabilidade. Diante da necessidade de discussão sobre culpa ou dolo, nos casos de culpa concorrente aplica-se a **teoria subjetiva**;

b) força maior: é um acontecimento **involuntário, imprevisível** e **incontrolável** que rompe o nexo de causalidade entre a ação estatal e o prejuízo sofrido pelo particular. Exemplo: erupção de vulcão que destrói vila de casas. Já no caso fortuito, o dano é decorrente de ato humano ou de falha da Administração. Exemplo: rompimento de **adutora**. O **caso fortuito não exclui a responsabilidade estatal**;

A prova de Analista Previdenciário elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Em caso de fato danoso a particular por força maior e culpa da vítima, pode haver exclusão da responsabilidade do Estado; todavia, o mesmo não ocorre na hipótese de caso fortuito".

A prova de Analista do Comércio Exterior/2009 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Em caso de danos causados por atos de multidão, somente é possível responsabilizar o Estado caso se comprove sua participação culposa".

O 23º Concurso para Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "O legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros".

c) culpa de terceiro: ocorre quando o prejuízo pode ser atribuído a pessoa estranha aos quadros da Administração Pública. Exemplo: prejuízo causado por atos de multidão. Mas, no dano provocado por multidão, o Estado responde se restar **comprovada sua culpa**.

A doutrina indaga sobre o impacto que as excludentes causam sobre os requisitos da teoria objetiva. Predomina o entendimento de que culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiro são **excludentes de causalidade**, rompendo o nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo.

Por fim, é conveniente estabelecer uma comparação entre as duas variações da teoria objetiva.

Quadro comparativo entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo

Risco integral	Risco administrativo
Variante radical da teoria objetiva	Variante moderada da teoria objetiva
Corrente mais vantajosa para a vítima	Corrente menos vantajosa para a vítima
Não reconhece excludentes	Possui três excludentes: culpa exclusiva da vítima, força maior e fato de terceiro
Adotada em casos raros, como acidentes de trabalho, seguro obrigatório (DPVAT) e atentados em aeronaves	Adotada como regra geral no direito brasileiro

6.8 CARACTERÍSTICAS DO DANO INDENIZÁVEL

De acordo com a doutrina, para que o dano seja indenizável deve possuir duas características: ser anormal e específico.

Dano anormal é aquele que ultrapassa os inconvenientes naturais e esperados da vida em sociedade. Isso porque o convívio social impõe certos desconfortos considerados normais e toleráveis, não ensejando o pagamento de indenização a ninguém. Exemplo de dano normal: funcionamento de feira livre em rua residencial.

Considera-se **dano específico** aquele que alcança destinatários determinados, ou seja, que atinge um indivíduo ou uma classe delimitada de indivíduos. Por isso, se o dano for geral, afetando difusamente a coletividade, não surge o dever de indenizar. Exemplo de dano geral: aumento no valor da tarifa de ônibus.

Presentes os dois atributos, considera-se que o **dano é antijurídico**, produzindo o dever de pagamento de indenização pela Fazenda Pública.

6.9 RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS

Para configuração da responsabilidade estatal é **irrelevante a licitude ou ilicitude do ato lesivo**, bastando que haja um prejuízo decorrente de ação ou omissão de agente público para que surja o dever de indenizar. Em regra, os danos indenizáveis derivam de condutas contrárias ao ordenamento. Porém, há situações em que a Administração Pública atua em conformidade com o direito e, ainda assim, causa prejuízo a particulares. São **danos decorrentes de atos lícitos** e que também produzem dever de indenizar. Exemplo: obras para asfaltamento de rua diminuindo a clientela de estabelecimento **comercial**.

A prova da Magistratura do Pará/2008 elaborada pela FGV considerou ERRADA a afirmação: "A teoria da responsabilidade objetiva do Estado não prevê excludentes, por isso só se aplica às condutas ilícitas do Estado".

Se o prejuízo for causado em decorrência de **obra pública**, o Estado é responsável pelo ressarcimento integral do dano, aplicando-se a teoria objetiva. Entretanto, se a lesão patrimonial decorreu de culpa exclusiva do empreiteiro contratado

A prova do TCU/2008 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: "A União firmou contrato de obra pública com a construtora Cimento Forte Ltda., visando construir uma hidrelétrica em um grande rio do Estado do Pará, obra essa que durará cerca de três anos, de forma a diminuir o risco futuro de crise de energia elétrica. Para tanto, utilizou-se da dispensa de licitação. Nos termos desse contrato de obra pública, todas as indenizações por danos causados a terceiros em decorrência da obra seriam suportadas pela construtora. Assim, caso um terceiro sofra danos em decorrência da mencionada obra, ele poderá ingressar com ação de reparação de danos diretamente contra a construtora com fundamento na responsabilidade civil objetiva, na forma da Constituição".

pelo Estado para execução da obra, é o empreiteiro que detém a responsabilidade primária, devendo ser acionado diretamente pela vítima com aplicação da **teoria subjetiva**, respondendo o Estado em caráter subsidiário.

6.10 DANOS POR OMISSÃO

Existem situações em que o comportamento comissivo de um agente público causa prejuízo a particular. São os chamados danos por ação. Noutros casos, **o Estado deixa de agir** e, devido a tal inação, **não consegue impedir um resultado lesivo.** Nessa hipótese, fala-se em **dano por omissão**. Os exemplos envolvem prejuízos decorrentes de **assalto, enchente, bala perdida, queda de árvore** e **buraco na via pública**. Tais casos têm em comum a circunstância de inexistir um ato estatal causador do prejuízo.

A doutrina tradicional sempre entendeu que nos danos por omissão a indenização é devida se a vítima comprovar que a omissão produziu o prejuízo, aplicando-se a teoria objetiva. Ocorre que a teoria convencional da responsabilidade do Estado não parece aplicar-se bem aos danos por omissão, especialmente diante da impossibilidade de afirmar-se que a omissão "causa" o prejuízo. A omissão estatal é um nada, e o nada não produz materialmente resultado algum.

A prova de Delegado da Polícia Federal elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: "A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva não exige caracterização da culpa estatal pelo não cumprimento de dever legal, uma vez que a Constituição brasileira adota para a matéria a teoria da responsabilidade civil objetiva".

A prova do Ministério Público do TCU elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: "A responsabilidade da Administração Direta é sempre objetiva".

A prova da OAB Nacional 2006.3 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade do Estado por atos omissivos e comissivos de seus agentes será sempre objetiva".

Na esteira dessa inaplicabilidade, aos danos por omissão, da forma tradicional de pensar a responsabilidade estatal, Celso Antônio **Bandeira de Mello** vem sustentando há vários anos que os **danos por omissão submetem-se à teoria subjetiva**. Atualmente, é também o entendimento adotado pelo **Supremo Tribunal Federal** (RE 179.147) e pela **doutrina majoritária**.

Em linhas gerais, sustenta-se que o Estado só pode ser condenado a ressarcir prejuízos atribuídos à sua omissão quando a legislação considera obrigatória a prática da conduta omitida. Assim, a omissão que gera responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. Em outras palavras, os danos por omissão são indenizáveis somente quando configurada omissão dolosa ou omissão culposa. Na **omissão dolosa**, o agente público encarregado de praticar a conduta decide omitir-se e,

por isso, não evita o prejuízo. Já na **omissão culposa**, a falta de ação do agente público não decorre de sua intenção deliberada em omitir-se, mas **deriva da negligência** na forma de exercer a **função administrativa**. Exemplo: policial militar que adormece em serviço e, por isso, não consegue evitar furto a banco privado.

O 23º Concurso para Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes: a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço".

Aplicando-se a teoria subjetiva, a vítima tem o ônus de provar a ocorrência de culpa ou **dolo**, além da demonstração dos demais requisitos: omissão, dano e nexo **causal**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Prevalece o entendimento de que, nos casos de omissão, a responsabilidade extracontratual do Estado é subjetiva, sendo necessário, por isso, perquirir acerca da culpa e do dolo".

Entretanto, a partir da hipossuficiência decorrente da posição de inferioridade da vítima diante do Estado, deve ser observada a inversão no ônus da prova relativa à culpa ou dolo, presumindo-se a responsabilidade estatal nas omissões ensejadoras de comprovado prejuízo ao particular, de modo a restar ao Estado, para afastar tal presunção, realizar a comprovação de que não agiu com culpa ou dolo.

Por fim, quanto à questão dos danos causados por presos foragidos, o Supremo Tribunal Federal tem entendido inexistir responsabilidade estatal no caso de crime praticado, meses após a fuga, por **preso foragido**.

O 21º Concurso para Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "O STF entende não existir responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, quando um preso foragido há vários meses comete homicídio. Isto porque a Constituição Federal de 1988, no que toca ao nexo de causalidade, adota a teoria do dano direto e imediato".

É o que se depreende da ementa do julgamento do Recurso Extraordinário 130.764: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LATROCÍNIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES DEPOIS DA FUGA. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos".

Na decisão Agravo n. 1192340, o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela responsabilidade civil do Município em razão de danos materiais e morais decorrentes da queda de placa de trânsito que atingiu o teto de um automóvel.

Igualmente, no caso de prisão indevida, o Superior Tribunal de Justiça tem sustentado direito à indenização por danos morais e materiais a indivíduo mantido preso ilegalmente por mais de 13 anos no presídio Aníbal Bruno.

Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o dever estatal de proteção aos detentos abrange, inclusive, protegê-los contra si mesmos e impedir que causem danos uns aos outros. O Tribunal reconhece o direito da família à indenização pela morte de detentos custodiados em delegacias

e penitenciárias, mesmo em caso de rebelião (Ag. 986208). Na mesma hipótese, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a legitimidade de irmã de detento morto no estabelecimento prisional para propor ação de indenização (REsp 1054443).

6.11 RELAÇÕES DE CUSTÓDIA

A teoria da responsabilidade estatal foi basicamente desenvolvida para solucionar questões envolvendo prejuízos patrimoniais experimentados em relações extracontratuais ou de sujeição geral. No entanto, é comum nas provas de concursos públicos indagar-se sobre **danos causados a pessoas e bens** submetidos a **relações de sujeição especial**, conhecidas também como **relações de custódia**.

Nessas vinculações diferenciadas, a responsabilidade do Estado é mais acentuada do que nas relações de sujeição geral, à medida que o ente público tem o dever de garantir a integridade das pessoas e bens custodiados. Por isso, a **responsabilidade estatal é objetiva** inclusive **quanto a atos de terceiros**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "O Estado poderá ser condenado a indenizar a mãe de um preso assassinado dentro da própria cela por outro detento diante a responsabilidade objetiva do Estado".

Os exemplos mais comuns são: o **preso morto na cadeia por outro detento**; a **criança vítima de briga** dentro de escola pública; bens privados danificados em galpão da Receita Federal.

Em todas essas hipóteses, o Estado tem o dever de indenizar a vítima do dano, mesmo que a conduta lesiva não tenha sido praticada por agente público.

Cabe, porém, advertir que a responsabilidade estatal é objetiva **na modalidade do risco administrativo**, razão pela qual a culpa exclusiva da vítima e a força maior excluem o dever de indenizar. Assim, por exemplo, o preso assassinado na cadeia por outros detentos durante rebelião gera dever de o Estado indenizar a família. Entretanto, se a morte teve causas naturais (força maior) ou foi proveniente de **suicídio** (culpa exclusiva da vítima), não há dever de indenizar.

Em sentido contrário, a prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a proposição: "Haverá responsabilidade civil objetiva do Estado, de acordo com posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no caso de presidiário que se suicidou no estabelecimento prisional, tendo em vista que é dever do Estado proteger seus detentos, inclusive contra eles mesmos".

Quanto ao fato de terceiro, não constitui excludente da responsabilidade nos casos de custódia, em razão do mais acentuado dever de vigilância e de proteção atribuído ao Estado nessas relações de sujeição especial.

6.12 AÇÃO INDENIZATÓRIA

Todo aquele que for patrimonialmente lesado por conduta omissiva ou comissiva de agente público pode pleitear administrativa ou judicialmente a devida reparação. Na esfera administrativa, o pedido de ressarcimento pode ser formulado à autoridade competente, que instaurará processo administrativo para apuração da responsabilidade e tomada de decisão sobre o pagamento da indenização. Mais comum, entretanto, é a opção pela via judicial por meio da propositura da ação indenizatória.

Ação indenizatória é aquela **proposta pela vítima contra a pessoa jurídica** à qual o agente público causador do dano pertence.

No julgamento do RE 327.904/SP, em 15-8-2006, o Supremo Tribunal Federal passou a **rejeitar a propositura de ação indenizatória** *per saltum* diretamente **contra o agente público**. Agora, o Supremo Tribunal Federal considera que a ação regressiva do Estado contra o agente público constitui **dupla garantia**: a) em favor do Estado, que poderá recuperar o valor pago à vítima; b) em favor do agente público, no sentido de ele não poder ser acionado diretamente pela vítima para ressarcimento de prejuízo causado no exercício de **função pública**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A vítima de dano causado por ato comissivo deve ingressar com ação de indenização por responsabilidade objetiva contra o servidor público que praticou o ato".

O 23º Concurso para Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: Conforme precedente do Supremo Tribunal Federal, a Constituição consagra dupla garantia: "Uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer".

Esse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal elimina a possibilidade, anteriormente existente, de a vítima escolher se a ação indenizatória deve ser proposta contra o agente público, contra o Estado ou contra ambos em litisconsórcio passivo.

O **prazo prescricional** para propositura da ação indenizatória é de **três anos** contatos da **ocorrência do evento danoso** (art. 206, § 3º, V, do CC; no mesmo sentido, o entendimento do STJ no julgamento do REsp 698.195/DF).

A prova de Procurador do Município de Guarulhos/2008 elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Quanto à responsabilidade civil da Administração, é correto afirmar que os juros de mora no pagamento da condenação da Fazenda Pública fluem desde a data que a sentença fixar".

6.13 DENUNCIAÇÃO À LIDE

Bastante controvertida é a questão da denunciação à lide na ação indenizatória. Indaga-se sobre a possibilidade, ou não, de o Poder Público chamar o agente causador do dano para integrar a demanda indenizatória. O fundamento da denunciação é o **art. 70, III, do Código de Processo Civil**: "A denunciação da lide é obrigatória: (...) III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda".

É fundamental destacar que a denunciação da lide é visivelmente **prejudicial aos interesses da vítima** à medida que traz para a ação indenizatória a **discussão sobre culpa ou dolo** do agente público, ampliando o âmbito temático da lide em desfavor da celeridade na solução do **conflito**.

Rejeitando a possibilidade de denunciação da lide, a prova de Agente de Contas do TCU elaborada pela Esaf considerou ERRADA a assertiva: "Tratando-se de dano causado a terceiro, o servidor responderá mediante denunciação da lide".

A prova de Procurador do Estado da Paraíba/2008 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A orientação dominante na jurisprudência e na doutrina é de ser cabível, em casos de reparação do dano, a denunciação da lide pela administração a seus agentes".

Por essa razão, a **doutrina majoritária rejeita** a possibilidade de denunciação à lide ao argumento de que a inclusão do debate sobre culpa ou dolo na ação indenizatória representa um **retrocesso histórico** à fase subjetiva da responsabilidade estatal.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "Proposta a ação de indenização por danos materiais e morais contra o Estado, sob o fundamento de sua responsabilidade objetiva, é imperioso que este, conforme entendimento prevalecente, denuncie à lide o respectivo servidor alegadamente causador do dano".

A prova da OAB Nacional 2006.3 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "Na ação de responsabilidade objetiva do Estado, conforme entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, será obrigatória a denunciação da lide ao servidor causador do dano".

A jurisprudência e os **concursos públicos**, entretanto, **têm admitido a denunciação** do agente público à lide como uma **faculdade** em favor do Estado, o qual poderia decidir sobre a conveniência, ou não, de antecipar a discussão a respeito da responsabilidade do seu agente, evitando com isso a propositura da ação regressiva. Em abono à denunciação da lide, comparecem razões ligadas à **economia** processual, **eficiência** administrativa e maior **celeridade no ressarcimento dos prejuízos** causados aos cofres públicos.

6.14 AÇÃO REGRESSIVA

A prova da Controladoria Geral da União elaborada pela FCC considerou CORRETA a proposição: "No caso de responsabilidade civil do Estado, por dano causado a outrem, cabe ação regressiva, contra o agente causador, que tenha agido culposa ou dolosamente, mas constitui requisito essencial para tanto ter havido condenação do Estado a indenizar o paciente".

A ação regressiva é **proposta pelo Estado contra o agente público** causador do dano, nos casos de culpa ou dolo (art. 37, § 6º, da CF). Tem como pressuposto já ter sido o Estado condenado na **ação indenizatória proposta pela vítima**.

Como a Constituição Federal determina que a ação regressiva é cabível nos casos de culpa ou dolo, impõe-se a conclusão de que a ação regressiva é baseada na **teoria subjetiva**.

A prova de Procurador do Estado da Paraíba/2008 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A ação por meio da qual o Estado requer ressarcimento aos cofres públicos de prejuízo causado por agente público considerado culpado prescreve em cinco anos".

Sobre a questão do **prazo** para propositura **da ação regressiva** predomina o entendimento, baseado no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, de que a **ação regressiva é imprescritível**.

Entretanto, quando se tratar de dano causado por agente ligado a empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais, concessionários e permissionários, isto é, para **pessoas jurídicas de direito privado**, o prazo é de **três anos** (art. 206, § 3º, V, do CC) contados do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Por fim, convém realizar uma comparação entre a ação indenizatória e a ação regressiva.

Quadro comparativo entre ação indenizatória e ação regressiva

	Ação indenizatória	Ação regressiva
Previsão	art. 37, § 6º, da CF	art. 37, § 6º, da CF
Partes	vítima x Estado	Estado x agente público
Fundamento	teoria objetiva	teoria subjetiva
Prazo	3 anos	imprescritível (mas, contra pessoas de direito privado, o prazo é de 3 anos)

6.15 RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR ESTATUTÁRIO FEDERAL NA LEI N. 8.112/90

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União – Lei n. 8.112/90 – determina que o servidor **responde civil, penal e administrativamente** pelo exercício irregular de suas atribuições.

Essa tríplice responsabilidade decorre de **ato** omissivo ou comissivo, **doloso ou culposo**, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. Assim, o Estatuto reforça a aplicação da **teoria subjetiva** para apuração da responsabilidade do servidor nas três esferas. Em princípio, os **três processos** para apuração das responsabilidades civil, penal e administrativa **são independentes**, razão pela qual as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se. Entretanto, o art. 126, § 3º, da Lei n. 8.112/90, afirma que a **responsabilidade administrativa** do servidor **será afastada** no caso de **absolvição criminal** que negue a existência do fato ou sua autoria.

Importante destacar que o art. 122, § 2º, do Estatuto prescreve que, em se tratando de dano causado a terceiros, o **servidor responderá** perante a Fazenda Pública, **em ação regressiva**. Assim, a Lei n. 8.112/90 não admite propositura de ação indenizatória diretamente contra a pessoa do servidor público, pois vincula sua responsabilização à **ação regressiva**.

A prova de Analista da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Em caso de responsabilidade civil do Estado, a divergência sobre a inserção do agente público causador do dano a terceiros, em caso de culpa, na ação judicial, em relação à Fazenda Pública, foi dirimida pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, na esfera federal. Pela regra positiva, será caso de somente ação regressiva".

Condenado a restituir valores ao erário, as reposições e indenizações serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para **pagamento, no prazo máximo de trinta dias**, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. Nos termos do art. 45, § 1º, da Lei n. 8.112/90, o valor de **cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a 10% da remuneração**, provento ou pensão.

Já no caso do servidor em débito com o erário que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar a **dívida**.

A prova de Procurador do Estado da Paraíba/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A ação regressiva pode ser movida mesmo após terminado o vínculo entre o agente e a Administração Pública".

A prova de Procurador do Estado da Paraíba/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Os efeitos da ação regressiva transmitem-se aos herdeiros e sucessores do agente público culpado, respeitado o limite do valor do patrimônio transmitido".

A obrigação de reparar o dano **estende-se aos sucessores** e contra eles será executada até o limite do valor da herança recebida (art. 112, § 3º, do Estatuto).

6.16 RESPONSABILIDADE DOS CONCESSIONÁRIOS

O art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95 define concessão de serviço público: "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado".

A referida norma legal evidencia que o concessionário de serviço público assume a prestação do serviço público "por sua conta e risco". Assim, a **responsabilidade primária** pelo ressarcimento de danos decorrentes da prestação é do concessionário, cabendo ao Estado concedente responder em caráter subsidiário. Além de direta (primária), a responsabilidade do concessionário é objetiva à medida que o pagamento da indenização **não depende da comprovação de culpa ou dolo**.

Reforçando que a responsabilidade do funcionário da concessionária é subjetiva, a prova de Agente Fiscal da CGU elaborada pela FCC considerou CORRETA a proposição: "A responsabilidade civil de um servidor público e a de um empregado de empresa privada concessionária de serviço público, ambos atuando no exercício de suas funções, por danos causados a um terceiro, é respectivamente subjetiva e subjetiva".

O caráter objetivo da responsabilidade dos concessionários decorre do art. 37, § 6º, primeira parte, da Constituição Federal: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros".

Importante notar que **o Texto Constitucional não estabelece qualquer diferença**, para fins de aplicação da responsabilidade objetiva, **quanto à qualidade da vítima**.

No julgamento do RE 262.651/SP, em 16-11-2005, o Supremo Tribunal Federal adotou o controvertido entendimento de que a responsabilidade dos concessionários de serviço público é objetiva perante usuários, mas subjetiva perante terceiros não usuários. O caso examinado envolvia o ressarcimento de prejuízos causados a motorista de carro em decorrência de acidente provocado por ônibus de empresa concessionária. Como o proprietário do veículo não fazia parte, no momento do acidente, da relação jurídica de prestação de serviço público, o Supremo Tribunal Federal considerou aplicável a teoria subjetiva, obrigando a vítima a comprovar culpa ou dolo para receber a indenização.

O peculiar entendimento adotado pelo Supremo foi objeto de diversas questões em concurso público, embora tenha sido veementemente criticado pela doutrina.

Porém, em 26 de agosto de 2009, o **Supremo Tribunal Federal** voltou a alinhar-se à doutrina majoritária, admitindo que a **responsabilidade dos concessionários**

sujeita-se à aplicação da **teoria objetiva** para danos causados **a usuários** e também **a terceiros não usuários** (RE 591.874/MS). O caso ensejador da mudança de entendimento foi o **atropelamento de um ciclista** por ônibus de empresa concessionária de transporte. Embora ostentando a condição de terceiro não usuário, o prejuízo causado à vítima foi considerado passível de reparação com base na aplicação da teoria objetiva.

O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, e que deve ser sustentado em provas em concursos públicos, considera, portanto, que os concessionários de serviço público respondem primária e objetivamente pelos danos causados a particulares, quer usuários do serviço, quer terceiros não usuários.

6.17 RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS, REGULAMENTARES E JURISDICIONAIS

A teoria da responsabilidade estatal foi essencialmente desenvolvida para permitir o ressarcimento de prejuízos decorrentes de atos administrativos concretos.

A doutrina, porém, admite a possibilidade de condenação do Estado em decorrência de prejuízos derivados em atos jurídicos de outras naturezas.

A responsabilidade estatal por danos causados por **leis inconstitucionais** foi **admitida** pelo **Supremo Tribunal Federal** no julgamento do RE 153.464, desde que a vítima demonstre especial e anormal prejuízo decorrente da norma inválida. Exige-se, ainda, como pressuposto da condenação a declaração formal de inconstitucionalidade da lei pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A prova da Magistratura do Tocantins/2007 considerou CORRETA a afirmação: "Segundo entendimento do STF, ao desempenho inconstitucional da função de legislador é aplicável a responsabilidade civil do Estado".

Raciocínio similar pode ser aplicado aos **atos regulamentares** e aos **normativos** expedidos pelo Poder Executivo, quando eivados do vício de ilegalidade ou se forem declarados inconstitucionais pelas autoridades competentes. O pagamento de indenização, nesses casos, não é a regra geral, mas não se pode excluir a possibilidade de ocorrência de dano passível de reparação determinada pelo Poder Judiciário.

Quanto às **leis de efeitos concretos**, isto é, aquelas dirigidas a um destinatário determinado, a responsabilidade estatal independe de sua declaração de inconstitucionalidade à medida que tais leis constituem, na verdade, atos materialmente administrativos capazes de causar prejuízo patrimonial ensejador de ressarcimento pelo Estado.

Por fim, em relação aos **atos tipicamente jurisdicionais**, entende-se que, em princípio, **não produzem direito a indenização** como consequência da soberania do Poder Judiciário

A prova de Procurador Municipal de Fortaleza elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A responsabilidade objetiva do Estado, conforme a jurisprudência dominante, não abrange o ato praticado pelo Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional".

A prova da Magistratura do Pará/2008 elaborada pela FGV considerou CORRETA a afirmação: "Apesar de a Constituição Federal ditar que 'o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença', a regra é a irresponsabilidade do Estado por atos de jurisdição".

A prova de Fiscal do INSS elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: "Ainda que se comprove erro judiciário, o Estado não estará obrigado a indenizar o condenado, haja vista a sentença judicial não possuir natureza de ato administrativo".

A prova de Analista do Comércio Exterior/2009 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "Os atos judiciais não geram responsabilidade civil do Estado".

O Exame da OAB/2010.3 elaborado pela FGV considerou CORRETA a afirmação: "Um policial militar, de nome Norberto, no dia de folga, quando estava na frente da sua casa, de bermuda e sem camisa, discute com um transeunte e acaba desferindo tiros de uma arma antiga, que seu avô lhe dera. Nesse caso o Estado não será responsabilizado, pois Norberto, apesar de ser agente público, não atuou nessa qualidade; sua conduta não pode, pois, ser imputada ao Ente Público".

e da autoridade da coisa julgada. Entretanto, a Constituição Federal prevê, **excepcionalmente**, a possibilidade de ressarcimento do condenado por **erro judicial**, assim como o que **ficar preso além do tempo** fixado na sentença, entre outras **hipóteses**.

6.18 DANOS CAUSADOS POR AGENTE FORA DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO

Só é possível responsabilizar o Estado por danos causados pelo agente público quando forem causados **durante o exercício da função pública**. Estando o agente, no momento em que realizou a ação ensejadora do prejuízo, fora do exercício da função pública, seu comportamento não é imputável ao Estado e a responsabilidade será exclusiva e **subjetiva do agente**.

6.19 QUESTÕES

1. (1º Concurso para Defensor Público/SP – FCC) "O dano cometido pela concessionária de serviço público a seus usuários é capaz de gerar a responsabilidade _____ da concessionária e, em caráter _____, a responsabilidade _____ do ente público concedente."

Para que esta afirmação seja correta, as lacunas devem ser preenchidas, respectivamente, por:

A) objetiva, solidário, objetiva;
B) objetiva, subsidiário, subjetiva;
C) subjetiva, solidário, objetiva;
D) subjetiva, subsidiário, subjetiva;
E) objetiva, subsidiário, objetiva.

2. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) Sobre as responsabilidades do servidor, previstas na Lei n. 8.112/90, considere:

I. Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

II. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores até o segundo grau e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

III. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada em qualquer caso de absolvição criminal.

Está correto o que se afirma SOMENTE em

A) I.
B) I e II.
C) II.
D) II e III.
E) III.

3. (Procurador – TCE/MA – FCC) A responsabilidade civil do Estado, no direito brasileiro, tem entre os seus fundamentos doutrinários a teoria

A) da culpa do serviço público (*faute du service*), pela qual o Estado é responsável pelos atos praticados culposamente pelos seus agentes;
B) do risco administrativo, que dispensa o Estado de velar pelos atos praticados pelos concessionários de serviço público não integrantes da Administração;
C) da igualdade nos ônus e encargos sociais, pela qual um particular não está obrigado a sofrer perdas patrimoniais maiores do que os outros indivíduos;
D) do risco-proveito, que afasta a existência de excludentes de responsabilidade, bem como a responsabilidade civil do Estado por omissão;
E) da culpa administrativa, por meio da qual o Estado está obrigado a arcar com os danos causados a particulares, ainda que decorrentes de atos lícitos.

4. (Agente Fiscal da Receita Federal – Esaf) Assinale, entre as entidades abaixo, aquela que não se submete à responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros:

A) Funasa – Fundação Nacional de Saúde.
B) Caixa Econômica Federal.
C) Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações.
D) Rede Globo de Televisão.
E) Telemar.

5. (Procurador Federal/2002 – Cespe) Flávio, servidor público federal, concursado e regularmente investido na função pública, motorista do Ministério da Saúde, ao dirigir, alcoolizado, carro oficial em serviço, atropelou uma pessoa que atravessava, com prudência, uma faixa de pedestre em uma quadra residencial do Plano Piloto de Brasília, ferindo-a. Considerando essa situação hipotética e os preceitos, a doutrina e a jurisprudência da responsabilidade civil do Estado, julguem os itens seguintes:

1) Com base em preceito constitucional, a vítima pode ingressar com ação de ressarcimento do dano contra a União.
2) Na hipótese, há aplicação da teoria do risco integral.
3) No âmbito de ação indenizatória pertinente e após o trânsito em julgado, Flávio nunca poderá ser responsabilizado, regressivamente, caso receba menos de dois salários mínimos.
4) Caso Flávio estivesse transportando material radioativo, indevidamente acondicionado, que se propagasse no ar em face do acidente, o Estado só poderia ser responsabilizado pelo dano oriundo do atropelamento.
5) Na teoria do risco administrativo, há hipóteses em que, mesmo com a responsabilização objetiva, o Estado não será passível de responsabilização.

6. (Advogado do Instituto Rio Branco/2006 – Esaf) A respeito da responsabilidade civil da Administração Pública pode-se afirmar que respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causem nessa qualidade, exceto:

A) as estatais que explorem atividade econômica;
B) as agências reguladoras de serviços públicos;
C) as agências reguladoras de atividades econômicas;
D) as concessionárias e permissionárias de serviço público;
E) as fundações públicas, desde que possuam natureza jurídica de direito privado.

7. (OAB/Cespe) Quanto à responsabilidade extracontratual do Estado, assinale a opção correta.

A) Prevalece o entendimento de que, nos casos de omissão, a responsabilidade extracontratual do Estado é subjetiva, sendo necessário, por isso, perquirir acerca da culpa e do dolo.
B) A vítima de dano causado por ato comissivo deve ingressar com ação de indenização por responsabilidade objetiva contra o servidor público que praticou o ato.
C) Não há responsabilidade civil do Estado por dano causado pelo rompimento de uma adutora ou de um cabo elétrico, mantidos pelo Estado em péssimas condições, já que essa situação se insere no conceito de caso fortuito.
D) Proposta a ação de indenização por danos materiais e morais contra o Estado, sob o fundamento de sua responsabilidade objetiva, é imperioso que este, conforme entendimento prevalecente, denuncie à lide o respectivo servidor alegadamente causador do dano.

8. (Procurador do Estado do Espírito Santo/2008 – Cespe) José era presidente de empresa pública estadual. Depois de prisão preventiva de estrepitosa repercussão na mídia nacional, viu-se denunciado por peculato culposo por haver inserido, em conluio com empregado do departamento de pessoal, servidores fantasmas na folha de pagamento da empresa. A sentença de primeiro grau o condenou a sete meses de detenção, o que foi confirmado pelo Tribunal de Justiça, ali havendo o trânsito em julgado. Paralelamente, tramitava tomada de contas especial relativa ao episódio e que, após meticulosa apuração, eximiu José de toda a responsabilidade. A isso seguiu-se pedido de revisão criminal em que o Tribunal de Justiça o absolveu por negativa de autoria e não houve recurso das partes. José propôs, então, ação de indenização pelo rito ordinário contra o Estado, decorrente não apenas do erro na condenação criminal, mas também da prisão preventiva e da ação difamatória de membro do Ministério Público.

Diante da situação hipotética acima apresentada, julgue os itens que seguem.

1) A decisão da tomada de contas que eximiu José de responsabilização administrativa, se ocorrida antes da sentença, implicaria exoneração de condenação criminal.
2) Não gera preclusão a inexistência do reconhecimento do direito à indenização no acórdão de revisão criminal.
3) A responsabilidade civil pelo erro judiciário constitui garantia fundamental e será apurada com base na teoria objetiva.
4) A mera prisão cautelar indevida, nos termos da atual jurisprudência do STF, já é suficiente para gerar o direito à indenização.

9. (Procurador do TCM/GO – Cespe) De acordo com a Constituição Federal, "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". E, de acordo com o Código Civil, "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo". Considerando os dois artigos acima transcritos, assinale a opção incorreta.

A) A responsabilidade objetiva estabelecida no artigo da Constituição Federal acima transcrito abrange todas as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, estaduais, distritais e municipais, uma vez que essas empresas integram a administração indireta de tais entes da Federação.
B) A responsabilidade objetiva de que trata o segundo artigo acima transcrito abrange a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios e as autarquias, inclusive as associações públicas, bem como as demais entidades de caráter público criadas por lei.
C) O primeiro artigo acima transcrito não abrange os partidos políticos nem as organizações religiosas.

D) A responsabilidade dos agentes públicos tratada nos artigos transcritos está ligada ao conceito de ato ilícito, definido pelo Código Civil como ato praticado por agente que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

10. (Magistratura/MG – 2007) As pessoas jurídicas de direito público ou as de direito privado prestadoras de serviços públicos têm responsabilidade extracontratual de indenizar nas seguintes hipóteses fáticas, EXCETO

A) a empresa de transporte público coletivo, por dano decorrente de acidente com passageiro que concorreu para o fato lesivo;
B) a empresa contratada para o serviço público de poda de árvores em via pública, por danos em veículo nela estacionado ocasionados pela queda de árvore verificada por forte vendaval, durante a poda;
C) o Município por danos decorrentes de inundação de estabelecimento, oriundo de serviço de saneamento executado por contratada, sem cláusula de delimitação da responsabilidade desta;
D) o Estado por danos decorrentes de homicídio de presidiário encarcerado, sem que o agente público tenha incorrido em culpa.

11. (OAB/Cespe) No campo da responsabilidade extracontratual do Estado, diz-se que este não se converte em segurador universal, visto que o direito brasileiro não adota a teoria

A) do risco administrativo;
B) da responsabilidade objetiva nos casos de nexo causal;
C) do risco integral;
D) da responsabilidade subjetiva por condutas comissivas.

12. (Procurador do DF/2004 – Esaf) Assinale a sentença correta.

A) O agente público é, sempre, responsável pelos danos que nessa qualidade vier a causar a terceiros.
B) O agente público não responde, em qualquer hipótese, pelos danos que, no exercício de sua função, causar a terceiros.
C) Os danos causados a terceiros, na execução de serviços públicos, devem ser indenizados pelos beneficiários de tais serviços.
D) O Estado e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, respondem pelos danos causados a terceiros por seus agentes, no exercício de suas funções, assegurado o direito de regresso, em caso de dolo ou culpa.
E) O Estado responde pelos danos causados por seus agentes, na execução de serviços públicos, descontando destes, automaticamente os valores que despender no pagamento de indenizações.

13. (OAB/SP) Diversas são as teorias que descrevem a responsabilidade extracontratual do Estado, através dos tempos. A teoria que se baseia na noção de que todo prejuízo causado por fato ou ato da Administração é um ônus público que deve atingir a todos da comunidade, igualitariamente, e se uma pessoa experimentar, injusta e excepcionalmente, um ônus maior do que o suportado pelos demais membros da sociedade, emerge daí o seu direito à indenização pelo Estado, é a teoria

A) do risco;
B) civilista;
C) da irresponsabilidade;
D) da culpa.

14. (Juiz Federal/2006 – Esaf) A responsabilidade civil objetiva, da Administração Pública, compreende os danos causados aos particulares, até mesmo

A) sem haver culpa ou dolo do seu agente, pelo ato ou fato danoso;
B) quando houver culpa do respectivo paciente;
C) sem nexo causal entre o fato e o dano;
D) quanto aos atos predatórios de terceiros e fenômenos naturais;
E) quando o seu agente não agiu nessa condição, ao causar o dano.

15. (TCU/2006 – Esaf) Sobre a responsabilidade civil da Administração, assinale a alternativa falsa.

A) A responsabilidade decorre de ato comissivo ou omissivo, culposo ou doloso.
B) A obrigação do servidor em reparar o dano estende-se aos sucessores, até o limite do valor da herança.
C) Tratando-se de dano causado a terceiro, o servidor responderá mediante denunciação da lide.
D) A responsabilidade objetiva pode abranger ações de agentes de empresas privadas, desde que concessionárias de serviço público.
E) É possível a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.

16. (Ministério do Planejamento/2002 – Esaf) As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A) Correta a assertiva.
B) Incorreta a assertiva, porque as pessoas jurídicas de direito público não respondem por danos causados pelos seus agentes a terceiros.
C) Incorreta a assertiva, porque a chamada responsabilidade objetiva prevista em norma constitucional (art. 37, § 6°) é restrita às pessoas jurídicas de direito público e não extensiva às de direito privado, mesmo que prestem serviços públicos.
D) Incorreta a assertiva, porque em tais casos não cabe o direito de regresso, mesmo se houver dolo ou culpa do agente responsável.
E) Incorreta a assertiva, porque a responsabilidade aquiliana, em tais casos, depende sempre da prévia prova de ter havido dolo ou culpa, por parte do agente causador do dano.

17. (Advogado do Instituto Rio Branco/2006 – Esaf) Caio, servidor público federal efetivo e regularmente investido na função pública, motorista da Presidência da República, ao dirigir carro oficial em serviço, dorme ao volante e atropela uma pessoa que atravessava, prudentemente, em uma faixa de pedestre em Brasília, ferindo-a.

Considerando essa situação hipotética e os preceitos, a doutrina e a jurisprudência da responsabilidade civil do estado, assinale a única alternativa correta.

A) na hipótese, a aplicação da teoria do risco integral;
B) a teoria aplicada ao caso para a responsabilização do estado é a subjetiva;
C) Caio nunca poderá ser responsabilizado caso receba menos de dois salários mínimos;
D) caso Caio estivesse transportando material radioativo, indevidamente acondicionado, que se propagasse no ar em face do acidente, o Estado só poderia ser responsabilizado pelo dano oriundo do atropelamento;
E) na teoria do risco administrativo, há hipóteses em que, mesmo com a responsabilização objetiva, o Estado não será passível de indenização.

18. (Analista Judiciário – TRT/MT – FCC) A respeito das responsabilidades do servidor público civil da União, em conformidade com a Lei n. 8.112/90, é correto afirmar:

A) a responsabilidade penal do servidor abrange tão só os crimes contra a Administração Pública;
B) a obrigação de reparar o dano não se estende aos sucessores;
C) a responsabilidade civil do servidor decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros;
D) sendo independentes as instâncias, a responsabilidade administrativa do servidor não será afastada, mesmo no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato;
E) tratando-se de dano causado a terceiros, a responsabilidade será da União, respondendo o servidor apenas no âmbito administrativo.

19. (Juiz do Trabalho – TRT – 7ª Região – Esaf) Tratando de responsabilidade civil do Estado, assinale a alternativa falsa:

A) empresas públicas podem se sujeitar à responsabilidade objetiva ou subjetiva, dependendo do seu objeto social;
B) a teoria francesa da *faute du service* é enquadrada como hipótese de responsabilidade objetiva;
C) pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração Pública, podem se sujeitar a responsabilidade objetiva;
D) a responsabilidade do Estado por omissão caracteriza-se como de natureza subjetiva;
E) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

20. (OAB/SP) O Estado poderá ser condenado a indenizar a mãe de um preso assassinado dentro da própria cela por outro detento?

A) Sim, ante a responsabilidade objetiva do Estado.
B) Não, porque o dano não foi causado por agente estatal.
C) Sim, desde que provada culpa dos agentes penitenciários na fiscalização dos detentos.
D) Não, porque não há vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal.

21. (OAB/SP) O excesso de tensão no restabelecimento do fornecimento de energia elétrica, após *blackout*, causou danos a bens de consumidores. Nessa hipótese, sabendo-se que é normal haver excesso de tensão após *blackout*, a concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica, empresa privada,

A) responde pelos danos, porque a concessionária de serviço tem responsabilidade civil;
B) não responde pelos danos, porque não houve culpa da concessionária;
C) responde pelos danos, porque houve defeito na prestação de um serviço público de titularidade da concessionária, ainda que empresa privada;
D) não responde pelos danos, porque a concessionária é empresa privada.

22. (OAB/SP) Um açodado membro do Ministério Público ingressa, de forma temerária, sem prévio inquérito civil público, com Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa contra um prefeito, seu desafeto pessoal. A ação foi trancada no seu nascedouro, reconhecendo o juiz a inadequação da ação, extinguindo a lide sem julgamento do mérito. Cabe responsabilidade civil pelos danos eventualmente causados ao acionado?

A) Sim, pela responsabilidade objetiva do Poder Público, desde que presentes os requisitos (nexo causal, dano etc.).
B) Não, porque o Ministério Público, como fiscal da lei, pode ingressar com Ação Civil Pública.

C) Não, porque o direito de ingressar com ação judicial é garantia constitucional, que não pode ser tolhida.
D) Sim, desde que comprovado que o membro do Ministério Público agiu com culpa, responde ele objetivamente pelos danos causados.

23. (Delegado de Polícia/PE – 2006) Determinado indivíduo, preso e condenado, foi assassinado por seus colegas de cela, em penitenciária do Estado de Pernambuco. A mãe da vítima, consternada, pretende ingressar em juízo com ação de indenização por danos materiais e morais. A propósito, é correto afirmar que, em princípio,

A) a ação deve ser julgada improcedente porque, na hipótese sob exame, a morte do preso foi provocada por seu colega de cela, não existindo o nexo de causalidade entre qualquer ação ou omissão do Estado e o evento danoso;
B) a petição inicial deve ser indeferida por ausência de uma das condições da ação, no caso, a legitimidade do Estado de Pernambuco para figurar no polo passivo da relação processual, devendo a ação ser promovida exclusivamente em face do presidiário, responsável pelo assassinato;
C) a ação deve ser julgada improcedente porque, em se tratando de pessoas encarceradas, é natural que aconteçam desavenças e disputas internas, não competindo ao Poder Público responder por atos causados por quem não é agente público;
D) o pedido deve ser julgado procedente em relação aos danos materiais, em face da responsabilidade objetiva do Estado, e improcedente quanto aos danos morais, já que as pessoas jurídicas de direito público não respondem por danos morais;
E) a ação deve ser julgada procedente, diante do entendimento, firmado pela doutrina e jurisprudência, de que o Estado tem o dever de manter a integridade física de seus presos, respondendo pelo risco desta atividade.

24. (Analista Jurídico – Sefaz/CE – Esaf) Assinale a opção que contenha a correlação correta. A respeito da responsabilidade extracontratual do Estado, estabeleça a correlação entre o Poder e a causa que enseja a responsabilização.
1) Poder Executivo;
2) Poder Legislativo;
3) Poder Judiciário;
( ) Lei de efeito concreto.
( ) Manter cidadão preso além do tempo fixado na sentença.
( ) Lei inconstitucional.
( ) Infração às obrigações gerais devidas por todos.
( ) Juiz que, no exercício das funções, proceda com dolo ou culpa.

A) 1/1/3/2/1
B) 3/2/1/2/3
C) 2/2/3/1/1
D) 2/3/2/1/3
E) 1/2/2/3/1

25. (Analista Judiciário – TRT/ MT – FCC) Com referência à responsabilidade do servidor, de acordo com a lei que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, é correto afirmar:

A) Mesmo que o servidor seja absolvido em processo criminal por decisão que negue a existência do fato, o servidor responderá administrativamente.
B) O servidor demitido em processo administrativo pela prática de ato irregular no exercício do cargo, não responderá civilmente pelo mesmo ato.
C) A responsabilidade penal abrange apenas os crimes imputados ao servidor, nessa qualidade.
D) A obrigação de reparar o dano causado ao erário ou a terceiros estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.
E) Se o terceiro prejudicado for ressarcido pelo Poder Público em regular ação judicial, o servidor não responderá pelo dano a ele causado.

26. (OAB/SP) A responsabilidade civil do concessionário de serviço público é
A) subsidiária ao poder concedente;
B) subjetiva;
C) objetiva;
D) solidária com o poder concedente.

27. (Analista Judiciário – TRT/MT – FCC) No que se refere à responsabilidade civil do Estado, a Constituição Federal de 1988
A) acolheu a teoria da responsabilidade objetiva do Estado e da responsabilidade subjetiva do servidor, pois assegurou o direito de regresso contra o agente causador só nos casos de dolo;
B) acolheu a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado e da responsabilidade objetiva do funcionário público;
C) acolheu a teoria da responsabilidade objetiva do Estado e da responsabilidade subjetiva do servidor, pois assegurou o direito de regresso contra o agente causador nos casos de dolo ou culpa;
D) determina que para a responsabilidade por culpa do servidor é essencial a existência da culpa administrativa, mesmo que levíssima;
E) determina que as pessoas de direito privado que prestam serviços públicos não podem ser responsabilizadas por suas ações culposas ou dolosas.

28. (Auditor do TCE/PI – FCC) Em matéria de danos causados a terceiros, em decorrência da prestação de serviços públicos, considere duas hipóteses distintas: serviços prestados pela Administração direta e serviços prestados por concessionário privado. Nessas hipóteses, tem-se que a responsabilidade civil da Administração, de seu servidor causador do dano, da empresa concessionária e do empregado desta causador do dano é, respectivamente,
A) objetiva, objetiva, subjetiva, subjetiva;
B) objetiva, subjetiva, objetiva, subjetiva;
C) objetiva, subjetiva, subjetiva, subjetiva;
D) objetiva, objetiva, objetiva, subjetiva;
E) objetiva, objetiva, objetiva, objetiva.

29. (Ministério Público do Amazonas/2007 – Cespe) José, morador de um bairro periférico, foi recrutado informalmente, por policiais do posto policial presente naquele bairro, para exercer, em cooperação à Polícia Militar, atividades como diligências, rondas, plantões e vigilância de presos. Certo dia, durante um plantão, Antônio, esposo de Maria, julgando que José fosse amante de sua esposa, adentrou o posto policial e desferiu um tiro em José,

deixando-o paraplégico. Acerca da situação hipotética descrita acima e da responsabilidade civil do Estado, assinale a opção correta:

A) Está configurada a responsabilidade civil do Estado pela falta do serviço, ou seja, a responsabilidade subjetiva, pois a Administração Pública tolerava a atividade ilegal exercida por José.
B) A responsabilidade civil do Estado, no caso, é a objetiva, pois foi o Estado que recrutou José e este ficou paraplégico em serviço.
C) No caso concreto, não está configurado o nexo de causalidade necessário à configuração da responsabilidade civil do Estado.
D) Apenas a adoção da teoria do risco integral, adotada pela Constituição Federal na atualidade, é capaz de gerar a responsabilização do Estado em casos como esse.
E) Como a conduta danosa praticada contra José foi realizada por agente que não é servidor público, tal fato é motivo suficiente para excluir qualquer responsabilidade do Estado, não sendo necessário indagar qualquer outro aspecto para solucionar a controvérsia.

30. (Técnico Judiciário – TRT/PE – FCC) Considere as assertivas a respeito das responsabilidades, de acordo com a Lei n. 8.112/90:

I. A obrigação de reparar o dano, em regra, não se estende aos sucessores, não podendo contra eles ser executada.
II. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo erário ou a terceiros.
III. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.
IV. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

A) II e IV.
B) I, II e III.
C) I, III e IV.
D) I, II e IV.
E) II, III e IV.

31. (Analista Judiciário – TRT/AL – FCC) Aquiles, técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho, estando em débito com o erário, cujo valor é de R$ 5.000,00, foi demitido do cargo que vinha ocupando. Nesse caso, Aquiles terá um prazo para a quitação desse débito, que será de

A) noventa dias, e a falta de quitação nesse prazo determinará o protesto em Cartório;
B) sessenta dias, sendo que a não quitação dentro do prazo implicará sua inscrição em dívida ativa;
C) noventa dias, e a não quitação dentro do prazo justifica o imediato ajuizamento da ação de cobrança;
D) trinta dias, prorrogável por igual período, sendo que a falta de quitação torna o servidor inapto para outros cargos públicos;
E) sessenta dias, sendo que a não quitação dentro do prazo implica no arresto ou sequestro do saldo de sua remuneração.

7
LICITAÇÃO

7.1 INTRODUÇÃO

A licitação é um procedimento obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública. A razão de existir dessa exigência reside no fato de que o Poder Público não pode escolher livremente um fornecedor qualquer, como fazem as empresas privadas. Os imperativos da **isonomia, impessoalidade, moralidade** e **indisponibilidade do interesse público**, que informam a atuação da Administração, obrigam à realização de um processo público para seleção imparcial da melhor **proposta**, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "É da essência do instituto da licitação obter vantagem para a Administração sem descurar da isonomia".

7.2 FINALIDADES DA LICITAÇÃO

A realização do procedimento licitatório, nos termos do que dispõe a redação original da Lei n. 8.666/93 (art. 3º), sempre serviu a duas finalidades fundamentais: 1) **buscar a melhor proposta**, estimulando a **competitividade** entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração; 2) **oferecer iguais condições** a todos que queiram contratar com a Administração, promovendo, em nome da **isonomia**, a possibilidade de participação no certame licitatório de quaisquer interessados que preencham as condições previamente fixadas no instrumento convocatório.

Recentemente, foi promulgada a **Lei n. 12.349**, de 15 de dezembro de 2010, que inseriu no art. 3º da Lei n. 8.666/93 um **terceiro objetivo** do procedimento licitatório: **a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**.

Assim, o art. 3º da Lei Geral de Licitações passou a ter a seguinte redação: "A licitação destina-se a **garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade,

da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

7.3 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

Os diversos conceitos apresentados pela doutrina permitem identificar as características fundamentais da licitação.

Celso Antônio **Bandeira de Mello**: "Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem **disputa entre os interessados** em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, **para escolher a proposta mais vantajosa** às conveniências públicas".[1]

Hely Lopes Meirelles: "É o **procedimento administrativo** mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse".[2]

José dos Santos **Carvalho Filho**: "É o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com **dois objetivos** – a **celebração de contrato**, ou a **obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico**".[3]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "... o procedimento administrativo pelo qual um **ente público, no exercício da função administrativa**, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato".[4]

Marçal Justen Filho: "É um procedimento administrativo **disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio**, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do **princípio da isonomia**, conduzido por um órgão dotado de competência específica".[5]

7.4 NOSSO CONCEITO

Reunindo os elementos fundamentais dos conceitos acima apresentados, é possível definir licitação como "o **procedimento administrativo** pelo qual **entidades governamentais** convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, **estabelecendo uma competição** a fim de celebrar contrato com quem oferecer a **melhor proposta**".

---

1 *Curso de direito administrativo*, p. 517.
2 *Direito administrativo brasileiro*, p. 260.
3 *Manual de direito administrativo*, p. 225.
4 *Direito administrativo*, p. 350.
5 *Curso de direito administrativo*, p. 309.

7.4.1 Análise dos elementos conceituais

Para a adequada compreensão do conceito acima formulado, é conveniente analisar os diversos elementos que o compõem:

a) procedimento: a natureza jurídica da licitação é a de uma sequência **ordenada** de atos administrativos. Desse modo, é incorreto tratar da licitação como ato administrativo isolado. Também não se trata de processo administrativo, este um termo técnico utilizado no sentido de relação jurídica;

A prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a assertiva: "Não se pode considerar licitação como procedimento administrativo".

b) administrativo: sob a vigência de constituições anteriores, houve quem sustentasse ser a licitação um tema afeto ao Direito Financeiro, e não ao Direito Administrativo. Essa diferença no enquadramento do instituto implicava a alteração dos princípios aplicáveis e a mudança da competência para editar leis sobre a matéria. Atualmente, a unanimidade da doutrina reconhece a licitação como instituto pertencente ao Direito Administrativo e, por isso, sujeito à incidência dos princípios e normas desse ramo jurídico;

c) obrigatório para entidades governamentais: a realização de licitação é um dever do Estado, não extensivo às empresas e pessoas privadas. Toda entidade governamental, de qualquer Poder, assim como instituições privadas mantidas com auxílio de verbas públicas, deve licitar. Trata-se de exigência ligada aos princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e indisponibilidade do interesse público;

d) mediante convocação de interessados: a licitação é aberta a todos aqueles que queiram concorrer à celebração de um contrato com o Estado, desde que preencham as condições de participação definidas no instrumento convocatório. A participação no procedimento licitatório é sempre facultativa para o particular;

e) promovendo uma competição: com a isonomia, a competitividade, visando obter proposta vantajosa, é princípio básico da licitação. Por tal razão, só pode ser exigido dos licitantes o preenchimento de condições estritamente vinculadas ao objeto a ser contratado, sob pena de reduzir a quantidade de participantes. Em última análise, **a licitação é uma disputa** entre os interessados em contratar com o Estado. A finalidade da competição é promover uma disputa justa entre os interessados para celebrar **contrato econômico, satisfatório e seguro para a Administração**;

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "De acordo com a Constituição Federal, a Administração está obrigada a praticar licitação para a realização de obras, serviços e alienações, bem assim para concessão e permissão de serviços públicos".

f) fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos: a realização de prévio procedimento licitatório é obrigatória para celebração de contratos referentes a diversos objetos. **Objeto da licitação** é aquilo que a Administração pretende contratar, podendo ser o fornecimento de bens, a prestação de serviços, a locação de móveis ou imóveis privados, a locação ou venda de imóveis públicos, a premiação de trabalho artístico ou a alienação de determinado bem;

g) visando celebrar contrato administrativo: o objetivo final do procedimento licitatório é a celebração de um contrato administrativo entre o vencedor do certame e a Administração Pública. Na verdade, o ato que aperfeiçoa o contrato (assinatura) não pertence ao procedimento licitatório propriamente dito, à medida que ocorre após a adjudicação (fase final da licitação). Mesmo após a realização da licitação, **"a Administração Pública não é obrigada a celebrar o contrato"**, de modo que o vencedor do procedimento licitatório possui somente **expectativa de direito** à celebração do contrato, e não direito adquirido;

A prova de Analista da CGU elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "A licitação, regulada pela Lei n. 8.666/93, destina-se a garantir a observância dos princípios constitucionais da isonomia e a selecionar propostas de preços mais baratos, para a Administração contratar compras, obras e serviços, devendo ser processada e julgada com observância da impessoalidade, igualdade e publicidade".

h) com quem oferecer a melhor proposta: nem sempre o **preço mais baixo** é determinante para a decretação do vencedor no certame licitatório. Cabe ao instrumento convocatório da licitação preestabelecer o critério para definição da melhor proposta, denominado **tipo de licitação**, podendo ser **menor preço, melhor técnica**, **técnica e preço, maior lance** ou **menor oferta**.

7.5 NATUREZA JURÍDICA

Identificar a natureza jurídica consiste na operação técnica de enquadrar determinado instituto em uma das grandes categorias do Direito – ato, fato, processo etc. –, a fim de **definir o regime jurídico aplicável**. A natureza jurídica da licitação, conforme indicado anteriormente, é de **procedimento administrativo**.

7.6 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

Bastante controvertida é a discussão sobre a natureza da competência para criar leis sobre licitação.

O art. 22, XXVII, da **Constituição Federal** prescreve que "**compete privativamente à União** legislar sobre: normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

A **doutrina** observa, entretanto, que o Texto Constitucional estabeleceu curiosa situação ao atribuir à União a competência privativa para editar normas gerais sobre o tema. Nos demais incisos do mesmo art. 22, o constituinte definiu como federal a competência para legislar integralmente sobre diversos assuntos, sem reduzir a atribuição à expedição de normas gerais. Ora, se a União cria somente as normas gerais é porque as regras específicas competem às demais entidades federativas. Assim, impõe-se a conclusão de que todas as entidades federativas legislam sobre licitação. Trata-se, então, de **competência concorrente**, razão pela qual **o inciso XXVII**

A prova de Defensor Público/BA considerou INCORRETA a assertiva: "A competência para legislar sobre procedimento licitatório é privativa da União".

foi equivocadamente incluído no art. 22 da Constituição Federal de 1988 entre as competências privativas da União, pois deveria ter sido alocado no rol das competências legislativas concorrentes (art. 24).

É fundamental, portanto, atentar para essa peculiar questão nos concursos públicos: segundo a Constituição Federal de 1988, a competência para legislar sobre licitações é privativa da União, mas a doutrina considera que a competência é **concorrente**.

A prova da OAB/MG considerou CORRETA a assertiva: "Os Estados e os Municípios podem legislar sobre licitações e contratos administrativos, o que significa que eles podem ter leis próprias sobre a matéria".

O certo é que atualmente as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos estão na Lei federal n. 8.666/93 – Lei Geral de Licitações.

7.7 NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Além da Constituição Federal, diversos diplomas normativos disciplinam no âmbito federal **aspectos gerais** do procedimento licitatório. Entre eles, merecem destaque:

1) Lei n. 8.666, de 21-6-1993: estabeleceu as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de **publicidade**, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "A contratação de empresa de publicidade pode ser feita sem licitação, diante da natureza singular do serviço".

2) Lei n. 8.883, de 8-6-1994: alterou diversos dispositivos da Lei n. 8.666/93.

3) Medida Provisória n. 2.026-3, de 28-7-2000: criou, somente para o âmbito federal, a modalidade licitatória denominada pregão.

4) Decreto n. 3.555, de 8-8-2000: regulamentou o procedimento do pregão federal.

5) Lei n. 10.520, de 17-7-2002: estendeu a todas as esferas federativas a modalidade licitatória denominada pregão, utilizada para contratação de bens e serviços comuns.

6) Decreto n. 5.450, de 31-5-2005: definiu o procedimento a ser adotado para o pregão eletrônico.

Outras leis estabeleceram **regras específicas** sobre exigibilidade da licitação e determinados aspectos procedimentais. Pela importância peculiar em concursos públicos, as inovações mais significativas são:

1) Lei n. 9.472, de 16-7-1997: estabeleceu duas novas modalidades licitatórias exclusivas para o âmbito da Agência Nacional das Telecomunicações – Anatel: o pregão e a consulta (arts. 54 a 57 da referida lei).

2) Lei n. 9.648, de 27-5-1998: definiu como dispensável a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais,

qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

3) Lei n. 11.107, de 6-4-2005: dobrou o limite de valor para contratação direta por dispensa de licitação nas compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos.

4) Lei Complementar n. 123, de 14-12-2006: definiu como critério de desempate nas licitações a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Nos termos do art. 44, § 1º, da referida lei, entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada. Já no caso da modalidade pregão, o intervalo percentual é de até 5%. Importante salientar que, nos termos da Orientação Normativa n. 7 da AGU: "O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar n. 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia".

5) Lei n. 12.349, de 15-12-2010: acrescentou a promoção do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos do procedimento licitatório (art. 3º da Lei n. 8.666/93) e criou a **possibilidade de ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras**.

6) Lei n. 12.462, de 5-8-2011: estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) para obras de infraestrutura vinculadas à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016.

7.8 NATUREZA JURÍDICA DA LEI N. 8.666/93

A doutrina de Direito Tributário trouxe para o Brasil a distinção, comum no direito estrangeiro, entre lei federal e lei nacional.

Lei federal é aquela que vale **apenas** para o âmbito da **União**, não se aplicando às demais esferas federativas. É o caso, por exemplo, da Lei n. 8.112/90 – Estatuto do Servidor Público Civil da União.

Ao contrário, a **lei nacional** é obrigatória para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, alcançando simultaneamente **todas as esferas federativas**. Exemplo: o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66).

A Lei n. 8.666 tem, indiscutivelmente, **natureza jurídica de lei nacional**, estabelecendo normas gerais obrigatórias para todas as entidades federativas. É o que se depreende do disposto no seu art. 1º: "Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações **no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**".

OBSERVAÇÃO: Segundo a doutrina, a Lei n. 8.666/93 não contém somente normas gerais, na medida em que o legislador federal terminou tratando de muitos assuntos específicos, ultrapassando a competência que possui para criar apenas normas gerais. Assim, deve-se entender que os dispositivos da Lei n. 8.666/93 veiculadores de regras excessivamente específicas, como as que definem determinados prazos, não se aplicam fora do âmbito federal.

7.9 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DEVER DE LICITAR

O dever de realizar licitações está constitucionalmente disciplinado no art. 37, XXI: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

O dispositivo transcrito merece, por sua importância, ser analisado por partes:

a) "ressalvados os casos especificados na legislação": o próprio Texto Constitucional atribui competência ao legislador para definir as hipóteses em que poderá ocorrer contratação direta sem licitação. Na Lei n. 8.666/93, esses casos excepcionais estão previstos nos arts. 24 e 25, constituindo as hipóteses de inexigibilidade, dispensa, licitação dispensada e **vedação**;

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Serão necessariamente precedidos de licitação, quando contratados com terceiros, as obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Pública, salvo as hipóteses de dispensabilidade, de inexigibilidade e de vedação".

b) "obras, serviços, compras e alienações": a Constituição faz referência exemplificativa a alguns bens cuja contratação exige prévia licitação. É uma descrição panorâmica do objeto da licitação;

c) "igualdade de condições a todos os concorrentes": seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (só a competitividade garante o direito de escolha, entre várias, da proposta mais vantajosa) e atendimento ao princípio da isonomia (todos que preencham os requisitos do instrumento convocatório têm direito de participar do certame licitatório) são as duas finalidades da licitação;

d) "mantidas as condições efetivas da proposta": a Constituição Federal obriga a Administração a garantir a manutenção das condições efetivas da proposta vencedora. Desse modo, mesmo que ocorram circunstâncias excepcionais que tornem mais onerosa a execução contratual, a Administração deve, atendidos os requisitos legais, aumentar a remuneração do contratado para **preservar sua margem de lucro**. A preservação do lucro contratual é denominada equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é uma garantia constitucional** estabelecida em benefício do contratado;

e) "as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantir o cumprimento das obrigações": essa parte final do dispositivo assegura a **competitividade** no certame licitatório. Assim, se o instrumento convocatório exigir condições desproporcionais para participação no certame, tais exigências desmedidas devem ser consideradas nulas, podendo ser objeto de impugnação por qualquer cidadão (art. 41, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

7.10 PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

Ressalvadas as hipóteses de contratação direta definidas na legislação, a celebração de contratos administrativos exige a prévia realização de procedimento licitatório. Sendo uma disputa que visa a obtenção da melhor proposta à luz do interesse público, a licitação somente pode ser instaurada mediante a presença de **três pressupostos** fundamentais:

a) pressuposto lógico: consistente na pluralidade de objetos e ofertantes, sem o que se torna inviável a competitividade inerente ao procedimento licitatório. Ausente o pressuposto lógico, deve haver contratação direta por **inexigibilidade de licitação**. Exemplo: aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor exclusivo (art. 25, I, da Lei n. 8.666/93);

b) pressuposto jurídico: caracteriza-se pela conveniência e oportunidade na realização do procedimento licitatório. Há casos em que a instauração da licitação não atende ao interesse público, facultando à Administração promover a contratação direta. A falta do pressuposto jurídico pode caracterizar hipótese de **inexigibilidade ou** de **dispensa de licitação**. Exemplo: aquisição de bens de valor inferior a R$ 8.000,00 (oito mil reais) (art. 24, I, da Lei n. 8.666/93);

c) pressuposto fático: é a exigência de comparecimento de interessados em participar da licitação. A ausência do pressuposto fático implica a autorização para contratação direta por **dispensa de licitação** embasada na denominada **licitação deserta**. A previsão dessa hipótese de dispensa de licitação consta do art. 24, V, da Lei n. 8.666/93: "É dispensável a licitação quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas".

7.11 EXTENSÃO MATERIAL DO DEVER DE LICITAR: OBJETO DA LICITAÇÃO

A doutrina diferencia objeto imediato de objeto mediato da licitação.

O **objeto imediato** da licitação é a **busca da melhor proposta**, ao passo que o **objeto mediato** é aquilo que a Administração pretende contratar.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal afirma que **as obras, os serviços, as compras e as alienações** serão contratados mediante processo de licitação pública.

Mais minucioso, o art. 2º da Lei n. 8.666/93 exige prévia licitação para contratações da Administração com terceiros relativas a obras, serviços, **inclusive de publicidade**, compras, alienações, **concessões**, **permissões** e **locações**.

É, portanto, possível concluir pela obrigatoriedade de licitação para:

a) compra de bens móveis ou imóveis;

b) contratação de serviços, inclusive de seguro e publicidade;

c) realização de obras;

d) alienação de bens públicos e daqueles adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento, doação, permuta e investidura (art. 17 da Lei n. 8.666/93);

e) outorga de concessão de serviço público;

f) expedição de permissão de serviço público.

> ATENÇÃO: Nos termos da Orientação Normativa n. 8 da AGU, o fornecimento de passagens aéreas e terrestres enquadra-se no conceito de serviço previsto no art. 6º, II, da Lei n. 8.666/93, devendo sua contratação ser precedida de licitação.

7.12 EXTENSÃO PESSOAL DO DEVER DE LICITAR

O dever de realizar licitação incumbe a **todas as entidades e órgãos públicos** pertencentes aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É o que se depreende da leitura do art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal.

O teor desse imperativo constitucional foi desdobrado pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual estão subordinados ao dever de licitar: órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas entidades federativas.

Atualizando o conteúdo dos referidos dispositivos com as novas figuras da Administração indireta, conclui-se que **estão sujeitos ao dever de licitar**:

a) Poder Legislativo: incluindo órgãos e entidades ligadas às casas legislativas, como a Caixa de Assistência Parlamentar (CAP), antiga autarquia federal vinculada ao Congresso Nacional;

b) Poder Judiciário;

c) Ministério Público;

d) Tribunais de Contas;

e) órgãos da Administração Pública direta;

f) autarquias e fundações públicas;

g) agências reguladoras e agências executivas;

h) associações públicas;

i) consórcios públicos;

j) fundações governamentais;

k) empresas públicas;

l) sociedades de economia mista;

m) fundos especiais: são dotações orçamentárias de valores ou acervos de bens

A prova da Magistratura/PA considerou CORRETA a assertiva: "O princípio da obrigatoriedade da licitação deve ser observado pela Administração Pública direta e indireta, incluindo as fundações públicas e as sociedades de economia mista, de todos os entes federativos".

A prova de Analista Judiciário do TRE/PE considerou CORRETA a afirmação: "A Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre Licitações e Contratos da Administração Pública, estabelece que ficam subordinados a seu regime, entre outros, os fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Distrito Federal".

destituídos de personalidade jurídica autônoma. Exemplo: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

n) fundações de apoio;

o) serviços sociais do sistema "S";

p) conselhos de classe.

Convém analisar agora a situação de algumas entidades especiais cuja submissão ao dever de licitar desperta controvérsia.

7.12.1 Organizações sociais

O art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 dispensa a realização de procedimento licitatório para a celebração, pela Administração Pública, de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais.

A autorização de dispensa é concedida à Administração Pública, e não às organizações sociais, que, via de regra, não estão obrigadas a licitar. Quando a organização social for contratante, não existe previsão genérica no ordenamento jurídico de realização de procedimento licitatório.

Em princípio, portanto, organizações sociais **não se sujeitam ao dever de licitar**.

O art. 1º do Decreto n. 5.504/2005 considera, entretanto, obrigatória a realização de licitação para obras, compras, serviços e alienações contratados por entidades com os **recursos ou bens repassados voluntariamente pela União**.

A citada ressalva objetiva evitar que as entidades do terceiro setor sejam maliciosamente utilizadas como intermediárias em contratações da União, burlando o dever de licitação.

7.12.2 Organizações da sociedade civil de interesse público

Quanto à obrigatoriedade de contratação mediante prévia licitação, a condição das Oscips é similar à das organizações sociais, à medida que, como regra, **não precisam licitar**.

Assim como ocorre com as organizações sociais, **as obras, as compras, os serviços e as alienações a serem realizadas pelas Oscips**, com os **recursos ou bens repassados voluntariamente pela União**, serão, porém, contratados mediante processo de **licitação pública** (art. 1º do Decreto n. 5.504/2005). Sendo **bens e serviços comuns**, torna-se obrigatória a utilização do **pregão**, preferencialmente na **modalidade eletrônica**.

7.12.3 Entidades paraestatais

Os denominados **serviços sociais**, instituições privadas sem fins lucrativos ligadas ao sistema sindical, como o Sesc, o Sesi e o Senai, são designados pela doutrina como entidades paraestatais, compondo o chamado **sistema "S"**.

A doutrina entende que as entidades paraestatais **estão sujeitas ao dever de realizar licitação**, especialmente porque são mantidas com recursos provenientes

de contribuições de natureza tributária, arrecadadas pelas instituições sindicais junto aos seus filiados.

A 1ª Câmara do **Tribunal de Contas da União**, na Decisão n. 47/2005, entendeu, entretanto, que o **procedimento licitatório** a ser observado pelas paraestatais pode ser **definido nos regimentos internos** de cada entidade, não havendo obrigatoriedade de cumprimento dos preceitos definidos na Lei n. 8.666/93.

7.12.4 Conselhos de classe

Os conselhos de classe, como o Conselho Regional de Medicina (CRM) e o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (Crea), são tradicionalmente tratados pela doutrina como espécies de **autarquias profissionais**. Assim, pertencem à Administração Pública indireta e, por isso, **sujeitam-se ao dever de realizar licitação**.

Assim como ocorre com as entidades paraestatais, o procedimento licitatório não é, porém, o definido na Lei n. 8.666/93. Ao contrário, cabe ao regimento interno de cada entidade estabelecer o detalhamento do rito a ser observado, atendendo às peculiaridades e à natureza do respectivo conselho.

7.12.5 Ordem dos Advogados do Brasil

Entre os conselhos de classe, bastante peculiar é a situação da Ordem dos Advogados do Brasil. Isso porque, no julgamento da ADIn 3.026/2006, o **Supremo Tribunal Federal rejeitou natureza autárquica** à OAB, entendendo que a entidade não tem nenhuma ligação com o Estado e **não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública direta e indireta**.

Imperioso concluir, na esteira do referido entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a OAB **não está obrigada a realizar licitação**.

7.12.6 Empresas estatais exploradoras de atividade econômica

Empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública indireta e, nessa condição, encontram-se submetidas ao dever de licitar.

O § 1º do art. 173 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19/98, afirma, entretanto, que "a **lei estabelecerá** o estatuto jurídico da **empresa pública**, da **sociedade de economia mista** e de suas subsidiárias **que explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, **dispondo sobre**: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Nos termos da Constituição Federal, as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), quando prestadoras de serviço público, podem elaborar ato normativo sobre licitação, observados os princípios da Administração Pública".

aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; **III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública**; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores".

A especial preocupação da Emenda Constitucional n. 19/98 em criar um estatuto licitatório específico para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica reside no fato de que o modelo tradicional de licitação dificulta a competitividade no mercado.

Ocorre que, até o presente momento, ainda não foi promulgada a referida lei, mantendo-se integralmente aplicáveis os dispositivos da Lei n. 8.666/93 às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Importante destacar, entretanto, que Celso Antônio **Bandeira de Mello** entende que empresas públicas e sociedades de economia mista **exploradoras de atividade econômica não precisam licitar** para contratação de objetos relacionados às suas atividades-fim, pois isso significaria uma desvantagem competitiva em relação aos demais concorrentes daquele setor específico de atuação.

Assim, por exemplo, supondo uma empresa pública municipal criada para comercializar refeições populares, a compra de gêneros alimentícios pode ser feita sem licitação. Mas, como tal exceção somente se aplica a objetos relacionados à atividade finalística, a aquisição de uma viatura para a diretoria da referida empresa pública deve ser realizada com observância da prévia licitação.

Portanto, as contratações feitas por empresas públicas e sociedades de economia mista, em regra, exigem licitação. Quanto às prestadoras de serviço público, não há exceção a essa regra. Já no caso das exploradoras de atividade econômica, o procedimento licitatório é dispensado para contratação de objetos vinculados à sua atividade-fim; em relação aos demais objetos, a licitação é obrigatória.

7.12.7 Entidades que não se sujeitam ao dever de licitar

De tudo quanto foi dito nos itens anteriores, é possível concluir que **não precisam licitar**:

a) empresas privadas;

b) concessionários de serviço público;

c) permissionários de serviço público;

d) organizações sociais, exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União;

e) Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União;

f) Ordem dos Advogados do Brasil.

7.13 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA LICITAÇÃO

Ao ordenar à Administração Pública que seus contratos sejam precedidos de processo de licitação, a Constituição Federal enfatiza que seja assegurada **igualdade de condições** a todos os concorrentes (art. 37, XXI).

O legislador infraconstitucional foi mais detalhista. Para ele, o procedimento licitatório foi concebido para atender aos princípios da **isonomia** e da **competitividade**. A declaração está expressa no art. 3º da Lei n. 8.666/93. Diz: "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a **Administração**".

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública".

Constituem **princípios específicos** aplicáveis ao procedimento licitatório:[6]

a) princípio da isonomia: defende a igualdade entre todos que se encontram na mesma situação. O princípio da isonomia impõe que a comissão de licitação dispense **tratamento igualitário** a todos os concorrentes. Em decorrência do princípio da isonomia, o art. 3º, § 1º, da Lei n. 8.666/93 proíbe preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Além disso, é vedado também estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais;

b) princípio da competitividade: a busca pela melhor proposta é uma das finalidades da licitação. Por isso, não podem ser adotadas medidas que comprometam decisivamente o caráter competitivo do certame. Assim, **as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações** (art. 37, XXI, da CF);

c) princípio da vinculação ao instrumento convocatório: a Administração Pública e os **participantes** do certame, além de cumprirem as regras legais, não podem desatender às normas e condições presentes no instrumento convocatório (art. 41 da Lei n. 8.666/93). Daí falar-se que **o edital é a lei da licitação**;

A prova de Analista Administrativo elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é dirigido tanto à Administração Pública como aos licitantes".

d) princípio do julgamento objetivo: o edital deve apontar claramente o critério de julgamento a ser adotado para determinar o licitante vencedor. Assim, a análise de documentos e a avaliação das propostas devem se pautar por **critérios**

---

6 Os princípios específicos mencionados nesse tópico seguem a enumeração proposta por José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 236 e s.

objetivos predefinidos no instrumento convocatório, e não com base em elementos **subjetivos**. Segundo a doutrina, entretanto, a **objetividade não é absoluta**, na medida em que especialmente a verificação da qualificação técnica sempre envolve certo juízo subjetivo;

e) princípio da indistinção: são vedadas preferências quanto à naturalidade, à sede e ao domicílio dos licitantes (art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93);

f) princípio da inalterabilidade do edital: em regra, o edital não pode ser modificado após sua publicação. Porém, havendo necessidade de alteração de algum dispositivo, tornam-se obrigatórias a garantia de **ampla publicidade** e a **devolução dos prazos** para não prejudicar os potenciais licitantes que eventualmente tenham deixado de participar do certame em razão da cláusula objeto da modificação;

g) princípio do sigilo das propostas: nos termos do art. 43, § 1º, da Lei n. 8.666/93, os envelopes contendo as propostas dos licitantes não podem ser abertos e seus conteúdos divulgados antes do momento processual adequado, que é a sessão pública instaurada com essa finalidade;

h) princípio da vedação à oferta de vantagens: baseado na regra do art. 44, § 2º, da Lei n. 8.666/93, tal princípio proíbe a elaboração de propostas vinculadas às ofertas de outros licitantes;

i) princípio da obrigatoriedade: trata a realização de licitação como um dever do Estado (art. 37, XXI, da CF);

j) princípio do formalismo procedimental: as regras aplicáveis ao procedimento licitatório são definidas diretamente pelo legislador, não podendo o administrador público descumpri-las ou alterá-las livremente. Importante enfatizar, no entanto, que o descumprimento de uma formalidade só causará nulidade se houver comprovação de prejuízo. Desse modo, segundo a jurisprudência, o postulado ***pas de nullité sans grief*** (não há nulidade sem prejuízo) é aplicável ao procedimento licitatório;

k) princípio da adjudicação compulsória: obriga a Administração a atribuir o objeto da licitação ao vencedor do certame.

A prova de Analista Administrativo elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "O princípio da ampla defesa não é cabível no procedimento licitatório em razão do relevante interesse público sobre o particular".

A prova do Ministério Público/MS considerou CORRETA a afirmação: "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, sendo processada e julgada em estrita observância com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que são correlatos".

7.14 INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Por ter natureza de procedimento administrativo, a licitação está submetida, além dos mencionados no item anterior, à incidência de todos os princípios gerais do **Direito Administrativo**, merecendo destaque:

a) legalidade: os participantes da licitação têm **direito público subjetivo** à fiel observância do procedimento estabelecido em lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento. Assim, a licitação é um **procedimento plenamente formal e vinculado** (art. 4º da Lei n. 8.666/93);

b) impessoalidade: obriga a Administração licitante a conduzir com objetividade e imparcialidade o procedimento, a partir das normas editalícias, **impedindo privilégios e desfavorecimentos indevidos** em relação aos licitantes;

c) moralidade: impõe à comissão de licitação e aos licitantes a obrigação de obedecer aos padrões éticos, de probidade, lealdade, decoro e boa-fé;

d) publicidade: todos os atos que compõem o procedimento licitatório devem ser públicos; e as sessões, realizadas de portas abertas. O princípio da publicidade se desdobra, ainda, na obrigatoriedade de **realização de audiência pública**, antecedendo licitações e envolvendo objetos de grande valor (art. 39 da Lei n. 8.666/93), e no dever de publicação do resumo do **instrumento convocatório** na imprensa (art. 40 da Lei n. 8.666/93). A ampla divulgação dos atos da licitação encontra importante **exceção** no dever de manutenção do **sigilo das propostas**. É o que estabelece o art. 3º, § 3º, da Lei n. 8.666/93: "A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura".

A prova de Analista Judiciário/AM elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A desclassificação do licitante, motivada pelo não atendimento às exigências constantes no instrumento convocatório do certame, está diretamente relacionada com o princípio da vinculação ao edital".

A prova da Magistratura/PR considerou INCORRETA a assertiva: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, exceto em relação às exigências não previstas em lei, que poderão ser dispensadas após a abertura dos envelopes de habilitação, a fim de conferir maior competitividade ao certame".

7.15 TIPOS DE LICITAÇÃO

Dá-se o nome tipos de licitação para os **diferentes critérios para julgamento das propostas**.

O art. 45 da Lei n. 8.666/93 prevê a existência de quatro tipos de licitação:

a) menor preço: quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

b) melhor técnica: tipo de licitação utilizado exclusivamente para serviços de **natureza predominantemente intelectual**. Os procedimentos adotados para determinação da melhor proposta são os seguintes (art. 46, § 1º, da Lei n. 8.666/93): 1) serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feitas, então, a avaliação e a classificação dessas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado; 2) uma vez classificadas as propostas técnicas, passa-se à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório, iniciando a negociação, com a proponente melhor classificada, das condições estabelecidas, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

c) técnica e preço: utilizado exclusivamente para serviços de **natureza predominantemente intelectual**. O procedimento desse tipo de licitação está definido

no art. 46, § 2º, da Lei n. 8.666/93: 1) serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feitas, então, a avaliação e a classificação dessas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado; 2) serão feitas a avaliação e a valorização das propostas de preços; 3) a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório;

A prova de Analista da CGU elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "O tipo de licitação de maior lance ou oferta, previsto na Lei n. 8.666/93, ocorre na aquisição de bens e serviços de informática".

d) maior lance ou oferta: critério utilizado exclusivamente para a modalidade **leilão**.

Para contratação de **bens e serviços de informática**, a Lei n. 8.666/93 determina a utilização obrigatória do tipo de licitação **técnica e preço**, permitindo o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo (art. 46, § 4º).

Na modalidade licitatória denominada **concurso**, o critério para julgamento das propostas é o **melhor trabalho** técnico, científico ou artístico (art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93). Quanto ao pregão, a definição da proposta vencedora é baseada no critério do **menor lance ou oferta** (art. 4º, X, da Lei n. 10.520/2002).

Por fim, a Lei n. 8.666/93 proíbe a utilização de qualquer outro critério para julgamento das propostas (art. 46, § 5º).

7.16 MODALIDADES LICITATÓRIAS

Modalidades licitatórias são os **diferentes ritos** previstos na legislação para o processamento da licitação.

O art. 22 da Lei n. 8.666/93 menciona cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A Lei n. 9.472/97 prevê a utilização da consulta exclusivamente para o âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (art. 55). E a Lei n. 10.520/2002 disciplina outra modalidade licitatória existente no direito positivo brasileiro: o pregão.

Atualmente, portanto, são **sete as modalidades** licitatórias:

a) **concorrência** (Lei n. 8.666/93);

b) **tomada** de preços (Lei n. 8.666/93);

c) **convite** (Lei n. 8.666/93);

d) **concurso** (Lei n. 8.666/93);

e) **leilão** (Lei n. 8.666/93);

f) **consulta** (Lei n. 9.472/97);

g) **pregão** (Lei n. 10.520/2002).

A prova de Auditor do INSS elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Concorrência, tomada de preços, convite, hasta pública e concurso são modalidades de licitação".

O art. 22, § 8º, da Lei n. 8.666/93 proíbe a criação de outras modalidades de licitação

ou a **combinação** das existentes. A vedação é dirigida à Administração **Pública**, mas não impede que o legislador crie novas **modalidades**.

A prova do Ministério Público do TCU elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Em um mesmo processo licitatório, a Administração Pública pode combinar as várias modalidades de licitação para o fim de atender melhor ao interesse público".

As três primeiras modalidades mencionadas – concorrência, tomada de preços e convite – diferenciam-se basicamente em função **do valor do objeto**.

Assim, para **obras e serviços de engenharia**, as faixas de preço são as seguintes: a) convite: até R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) tomada de preços: até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Para contratação dos **demais objetos**, são utilizadas as seguintes faixas: a) convite: até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) tomada de preços: até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência: acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Em relação aos valores de contratação, algumas considerações são importantes:

1) se houver **fracionamento do objeto**, cada parte deverá ser licitada utilizando a modalidade cabível para o valor integral (art. 23, § 3º, da Lei n. 8.666/93). Essa regra impede que a divisão do objeto funcione como mecanismo de fuga da modalidade correta;

2) é sempre possível **utilizar modalidade mais rigorosa** do que a prevista na legislação diante do valor do objeto. Assim, por exemplo, se o serviço de engenharia tiver o valor integral de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), caindo na faixa da tomada de preços, é possível substituir esta modalidade pela concorrência, mas não pelo convite. Esse é o sentido do art. 23, § 4º, da Lei n. 8.666/93: "**Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência**";

A 83ª prova do MP/SP considerou INCORRETA a assertiva: "Nos casos em que a modalidade de licitação cabível seja convite, é vedado à Administração utilizar a tomada de preços".

3) admite-se que o legislador estadual ou municipal, no exercício de sua competência para criar normas específicas sobre o tema, determine a adoção da concorrência como única modalidade licitatória permitida na respectiva esfera federativa;

4) para contratação de objetos com valor de até 10% da faixa máxima do convite, a realização da licitação não é obrigatória. Assim, para obras e serviços de engenharia de até R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e, nos demais casos, para objetos de até R$ 8.000,00 (oito mil reais), a contratação pode ser direta por **dispensa de licitação** (art. 24, I, da Lei n. 8.666/93).

▶ ATENÇÃO: Recente alteração na Lei n. 8.666/93 acrescentou o § 8º ao art. 23, determinando que, no caso de **consórcios públicos** formados por até três entes da Federação, aplica-se **o dobro dos valores** utilizados para definir as faixas de preço das modalidades licitatórias, **e o triplo**, quando formados por maior número.

7.16.1 Concorrência

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto".

Concorrência é a modalidade de licitação entre **quaisquer interessados** que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto, bem como garantia de **ampla publicidade** (art. 22, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

É utilizada para objetos de **grande vulto econômico**, sendo obrigatória, no caso de obras e serviços de engenharia, com valor **acima de R$ 1.500.000,00** (um milhão e quinhentos mil reais). Em relação aos demais objetos, o uso da concorrência é obrigatório para contratações de valor superior a R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). A circunstância de envolver valores elevados explica o fato de a concorrência ser a **modalidade formalmente mais rigorosa**.

Na concorrência, o **intervalo mínimo** entre a publicação do edital e a entrega de envelopes é de **quarenta e cinco dias corridos**, para os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço, **ou trinta dias corridos**, para o tipo menor preço.

Independentemente do valor da contratação, a **concorrência é obrigatória** nos seguintes casos:

A 177ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "A modalidade de licitação necessária para a alienação de bens imóveis é a concorrência pública".

1) compras e **alienações de imóveis**;
2) concessões de **direito real de uso**;
3) licitações **internacionais**;
4) contratos de empreitada integral;
5) concessões de serviço público;
6) registro de preços.

7.16.2 Tomada de preços

A prova de Fiscal do INSS elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "A tomada de preços é modalidade de licitação em que somente poderão participar oferecendo propostas as pessoas cadastradas no órgão ou entidade licitante antes da publicação do edital".

É a modalidade entre **interessados devidamente cadastrados** ou que atendam às condições do edital até três dias antes da data do recebimento das **propostas**, observada a necessária **qualificação** (art. 22, § 2º, da Lei n. 8.666/93). Se o pedido de cadastramento for indeferido, cabe recurso no prazo de cinco dias.

A tomada de preços é empregada para contratação de **objetos de vulto intermediário**: até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), para obras e serviços de engenharia, e de até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), para os demais objetos.

O **intervalo mínimo** entre o edital e a entrega de envelopes é de **trinta dias corridos** (melhor técnica ou técnica e preço) e **quinze dias corridos** (menor preço).

7.16.3 Convite

É a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e **convidados em número mínimo de três** pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos **demais cadastrados** na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º, da Lei n. 8.666/93).

O convite é utilizado para **objetos de pequeno vulto** econômico: até R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), para obras e serviços de **engenharia**, e até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para os demais objetos.

No convite, **não existe edital**. O instrumento convocatório dessa modalidade de licitação é denominado **carta-convite**.

O **intervalo mínimo** entre a expedição da carta-convite e a entrega de envelopes é de **cinco dias úteis**.

Baseada no art. 22, § 7º, da Lei n. 8.666/93, a prova da Magistratura/PR considerou CORRETA a assertiva: "O comparecimento de apenas um licitante à licitação realizada na modalidade convite, relativa a objeto em que há limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, devidamente justificados no processo, não constitui causa para a invalidação do procedimento licitatório".

A prova de Fiscal do INSS elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Ainda que não tenha sido convidada, a empresa previamente cadastrada poderá apresentar proposta na licitação, na modalidade convite".

A prova de Auditor do TC/PI 2005 considerou CORRETA a afirmação: "Suponha que uma obra a ser contratada por um Município seja avaliada, em sua parte principal, em R$ 110.000,00. Suponha ainda que, a essa parte principal, devam se somar mais duas parcelas de natureza específica, que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa, respectivamente no valor de R$ 20.000,00 e R$ 35.000,00. Nessa hipótese, considerando-se a necessidade de maior agilidade para a contratação, sem abrir-se mão da legalidade, devem ser feitas, respectivamente, licitações nas modalidades: convite, convite e convite".

7.16.4 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para **escolha de trabalho técnico, científico ou artístico**, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de **edital** (art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93). Exemplos: concurso de projetos arquitetônicos de revitalização do centro da cidade; concurso de redações entre alunos da rede pública de ensino sobre os 500 anos do descobrimento do Brasil.

É fundamental **não confundir** essa modalidade de licitação **com o concurso para provimento de cargo**, que também é um procedimento administrativo seletivo, mas sem natureza licitatória.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias".

A 38ª Prova para Titular de Cartório/RJ considerou INCORRETA a assertiva: "Concurso é a modalidade de licitação entre pessoas com qualidade específica comprovada para ingresso em cargos da Administração".

Outra característica diferencial do concurso é que constitui a única modalidade de licitação em que **a comissão** especial **não precisa ser composta por agentes públicos**, admitida a participação de técnicos e especialistas habilitados a julgar os concorrentes, ainda que não pertencentes aos quadros da Administração Pública. É o que prescreve o art. 51, § 5º, da Lei n. 8.666/93: "No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por **pessoas de reputação ilibada** e reconhecido **conhecimento da matéria** em exame, servidores públicos ou não".

No concurso, o **intervalo mínimo** entre a publicação do instrumento convocatório e a entrega dos envelopes é de **quarenta e cinco dias corridos**.

O prêmio pode ser em dinheiro ou alguma outra espécie, como uma viagem, por exemplo.

7.16.5 Leilão

Nos termos do art. 24, § 5º, da Lei n. 8.666/93, leilão é a modalidade de licitação **entre quaisquer interessados** para **a venda de bens** móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis oriundos de procedimentos judiciais ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao **valor da avaliação**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação".

Em síntese, o leilão é utilizado para **venda de bens**:

1) **móveis inservíveis**;

2) **móveis de valor módico**;

3) **imóveis oriundos de procedimentos judiciais ou dação**, caso em que a Administração pode optar entre leilão e concorrência.

O **intervalo mínimo** entre o instrumento convocatório e a entrega dos envelopes é de **quinze dias corridos**.

O critério para julgamento da melhor proposta é o do **maior lance ou oferta**.

7.16.6 Consulta

Consulta é uma modalidade de licitação **exclusiva da** Agência Nacional de Telecomunicações – **Anatel**.

A prova de Analista do Ministério Público Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A legislação das agências reguladoras estabeleceu a possibilidade de se utilizar, para aquisição de bens e contratação de serviços por essas entidades, uma modalidade especial de licitação, prevista tão somente para essa categoria organizacional, denominada consulta".

Segundo o disposto no art. 55 da Lei n. 9.472/97, a consulta será realizada mediante procedimentos próprios determinados por atos normativos expedidos pela agência, **vedada sua utilização** para contratação de **obras e serviços de engenharia**.

7.16.7 Pregão

Criado pela Lei n. 10.520/2002, resultante da conversão em lei da MP n. 2.182-18/2001, o pregão é a modalidade de licitação válida para **todas as esferas federativas** e utilizada para contratação de **bens e serviços comuns**.

A prova de Procurador do Estado/MA 2003 considerou CORRETA a afirmação: "Suponha que determinada lei estadual venha estabelecer regra pela qual o Estado pode adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico, para compras de bens comuns, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços. Tal regra é compatível com as normas gerais de licitação editadas pela União".

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520/2002, consideram-se bens e serviços comuns, independentemente de valor, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado**.

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pregão é a modalidade de licitação utilizada para aquisição de bens e serviços cujos padrões de desempenho possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio das especificações usuais no mercado".

Como a utilização da concorrência leva em consideração basicamente o valor do objeto e, no pregão, importa sobretudo a natureza daquilo que será contratado, é comum comparar as duas modalidades afirmando: na **concorrência**, interessa a **quantidade do objeto, independentemente da qualidade**; enquanto, no **pregão**, importa **a qualidade, independentemente da quantidade**.

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Entre as modalidades de licitação para compra de bens e serviços, destacam-se: concorrência, tomada de preços, pregão e convite".

Em princípio, o **uso do pregão é opcional**, podendo sempre a Administração optar pelo emprego de outra modalidade licitatória apropriada em função do valor do objeto. Entretanto, o art. 4º do Decreto n. 5.450/2005 tornou **obrigatório** o uso do pregão **para o âmbito federal**, devendo ser adotada **preferencialmente a modalidade eletrônica**. Assim, o uso do pregão presencial na esfera federal somente será permitido mediante justificativa expressa da autoridade competente.

No pregão, o **intervalo mínimo** entre a publicação do instrumento convocatório e o envio de propostas é de **oito dias úteis**.

A **característica fundamental** do procedimento do pregão é a **inversão nas fases naturais** da licitação. Isso porque, como visto nas regras acima transcritas, **o julgamento das propostas antecede a habilitação** dos **licitantes**.

Essa inversão relaciona-se com o objetivo essencial do pregão: propiciar economia de tempo e de dinheiro para o Poder Público. Assim, após a fase dos **lances verbais decrescentes**, analisa-se a documentação somente de quem ofertou o **menor lance**, devolvendo-se, fechados, os envelopes com documentos de habilitação dos demais licitantes.

A prova de Auditor do TC/PI considerou CORRETA a afirmação: "A experiência das Administrações, em processos de licitação, tem demonstrado que o uso da modalidade pregão gera significativa economia para os cofres públicos. É elemento que concorre para explicar esse fato a possibilidade de os licitantes, ou parte deles, alterarem o valor de suas propostas após a abertura dos respectivos envelopes".

Importante frisar que a referida inversão de fases agora também é permitida nas concorrências que antecedem a concessão de serviços públicos e nas que precedem parcerias público-privadas.

Além disso, ao contrário do que ocorre com as demais modalidades, no pregão a **homologação é realizada após a adjudicação**.

Portanto, as etapas do pregão são: a) instrumento convocatório; b) julgamento (classificação); c) habilitação; d) adjudicação; e) homologação.

7.16.7.1 Bens e objetos comuns

O Decreto n. 3.555/2000, com redação dada pelo Decreto n. 3.784/2001, estabeleceu para o âmbito da União um **rol taxativo** dos bens e serviços que podem ser contratados mediante pregão:

"BENS COMUNS

1. Bens de Consumo
   1.1. Água mineral
   1.2. Combustível e lubrificante
   1.3. Gás
   1.4. Gênero alimentício
   1.5. Material de expediente
   1.6. Material hospitalar, médico e de laboratório
   1.7. Medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos
   1.8. Material de limpeza e conservação
   1.9. Oxigênio
   1.10. Uniforme
2. Bens Permanentes
   2.1. Mobiliário
   2.2. Equipamentos em geral, exceto bens de informática
   2.3. Utensílios de uso geral, exceto bens de informática
   2.4. Veículos automotivos em geral
   2.5. Microcomputador de mesa ou portátil (*notebook*), monitor de vídeo e impressora

SERVIÇOS COMUNS

1. Serviços de Apoio Administrativo
2. Serviços de Apoio à Atividade de Informática
   2.1. Digitação
   2.2. Manutenção
3. Serviços de Assinaturas
   3.1. Jornal
   3.2. Periódico

3.3. Revista
3.4. Televisão via satélite
3.5. Televisão a cabo
4. Serviços de Assistência
4.1. Hospitalar
4.2. Médica
4.3. Odontológica
5. Serviços de Atividades Auxiliares
5.1. Ascensorista
5.2. Auxiliar de escritório
5.3. Copeiro
5.4. Garçom
5.5. Jardineiro
5.6. Mensageiro
5.7. Motorista
5.8. Secretária
5.9. Telefonista
6. Serviços de Confecção de Uniformes
7. Serviços de Copeiragem
8. Serviços de Eventos
9. Serviços de Filmagem
10. Serviços de Fotografia
11. Serviços de Gás Natural
12. Serviços de Gás Liquefeito de Petróleo
13. Serviços Gráficos
14. Serviços de Hotelaria
15. Serviços de Jardinagem
16. Serviços de Lavanderia
17. Serviços de Limpeza e Conservação
18. Serviços de Locação de Bens Móveis
19. Serviços de Manutenção de Bens Imóveis
20. Serviços de Manutenção de Bens Móveis
21. Serviços de Remoção de Bens Móveis
22. Serviços de Microfilmagem
23. Serviços de Reprografia
24. Serviços de Seguro-Saúde
25. Serviços de Degravação
26. Serviços de Tradução
27. Serviços de Telecomunicações de Dados
28. Serviços de Telecomunicações de Imagem

29. Serviços de Telecomunicações de Voz
30. Serviços de Telefonia Fixa
31. Serviços de Telefonia Móvel
32. Serviços de Transporte
33. Serviços de Vale-Refeição
34. Serviços de Vigilância e Segurança Ostensiva
35. Serviços de Fornecimento de Energia Elétrica
36. Serviços de Apoio Marítimo
37. Serviço de Aperfeiçoamento, Capacitação e Treinamento
38. Serviços topográficos".

> ATENÇÃO: Após sucessivas alterações, o Decreto n. 3.555/2000 foi mais uma vez modificado pelo **Decreto n. 7.174**, de 12 de maio de 2010, que **revogou a lista de bens e serviços comuns** para fins de utilização do pregão no âmbito federal. Assim, a situação atual é que a Administração Pública federal tem discricionariedade para decidir, diante do caso concreto, o que pode ser considerado objeto comum e licitado via pregão. O Decreto n. 7.174/2010 disciplina também as contratações de bens e serviços de informática e automação pelos órgãos e entidades da Administração federal, **eliminando a antiga proibição de uso do pregão para licitar bens e serviços de informática e automação**.

7.16.7.2 Hipóteses de vedação

Sendo taxativo o rol estabelecido pelo Decreto n. 3.555/2000, entende-se vedado, no âmbito federal, o uso do pregão para contratação de bens e serviços não indicados na referida lista.

Interpretando sistematicamente o conjunto de leis sobre licitação, conclui-se ser **proibido o uso do pregão**, para **todas as esferas federativas**, quando se tratar de:

a) contratação de **obras e serviços de engenharia**;

b) **locações imobiliárias**;

c) **alienações** em geral.

7.16.7.3 Modalidades

O art. 2º da Lei n. 10.520/2002 prevê duas modalidades de pregão: o convencional (presencial) e o eletrônico.

O **pregão eletrônico** é aquele realizado **com apoio da internet**, estando regulamentado pelo Decreto n. 5.450/2005. De acordo com o art. 4º do decreto, deve-se observar o **uso preferencial do pregão eletrônico**. A autoridade deverá justificar a opção pelo pregão presencial se o eletrônico for inviável.

7.16.7.4 Procedimento do pregão

Os arts. 3º e 4º da Lei n. 10.520/2002 dividem o procedimento do pregão em **fase preparatória** e **fase externa**.

A **fase preparatória** observará as seguintes regras (art. 3º):

"I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor".

Pelo disposto no § 1º do art. 3º, a **equipe de apoio** deverá ser integrada em sua **maioria** por **servidores ocupantes de cargo efetivo** ou **emprego da administração**, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

Já a **fase externa** do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras (art. 4º):

"I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento;

II – do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a **íntegra do edital**;

III – do edital o objeto do certame, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV – cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e **divulgadas**;

V – o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

VI – no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso,

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Do aviso para convocação dos interessados constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital".

A prova de Analista Judiciário do TRT/MA 2009 considerou CORRETA a afirmação: "Na esfera federal, a fase externa do pregão presencial será iniciada com a convocação dos interessados e observará, dentre outras, à seguinte regra: cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na internet na *homepage* do Tribunal de Contas da União".

comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII – aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento **convocatório**;

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos".

VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a **proclamação do vencedor**;

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "No curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor".

IX – não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os **preços oferecidos**;

A prova de Analista Judiciário do TRT/GO 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Na sessão pública para recebimento das propostas do pregão eletrônico, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Não havendo pelo menos três ofertas nestas condições, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos".

X – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI – examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua **aceitabilidade**;

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade".

XII – encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII – a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do **edital** quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "De conformidade com a Lei do Pregão é vedada a exigência de aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame".

XIV – os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV – verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII – nas situações previstas nos itens XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX – o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX – a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI – decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII – homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII – se o licitante vencedor, convocado dentro do **prazo de validade** da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no item XVI".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas 2009 considerou CORRETA a afirmação: "O prazo de validade das propostas no pregão presencial, se outro não for fixado no edital, é de sessenta dias".

7.16.8 Comparativo entre as modalidades

É conveniente realizar a comparação entre as sete modalidades licitatórias atualmente existentes no **direito brasileiro**.

A prova de Titular de Cartório/ES considerou CORRETA a afirmação: "São modalidades de licitação concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão".

Quadro comparativo entre as diferentes modalidades licitatórias

	Concorrência	Tomada de preços	Convite	Concurso	Leilão	Consulta	Pregão
Cabimento	modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto e garantia de ampla publicidade. Obrigatória para objetos de grande vulto econômico (acima de R$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia; e acima de R$ 650.000,00, para demais objetos)	modalidade entre interessados devidamente cadastrados ou que atendem às condições do edital até 3 dias antes da data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Utilizada para objetos de vulto intermediário (até R$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia; e até R$ 650.000,00, para demais objetos)	modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. Utilizada para objetos de pequeno vulto econômico (até R$ 150.000,00, para obras e serviços de engenharia; e até R$ 80.000,00, para demais objetos)	modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital	modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis oriundos de procedimentos judiciais ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação	modalidade de licitação exclusiva da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel	modalidade de licitação válida para todas as esferas federativas e utilizada para contratação de bens e serviços comuns

Continua

Continuação

Quadro comparativo entre as diferentes modalidades licitatórias

	Concorrência	Tomada de preços	Convite	Concurso	Leilão	Consulta	Pregão
Base legal	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 9.472/97	Lei n. 10.520/2002
Aberta	a quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital	entre interessados devidamente cadastrados ou que atendem às condições do edital até 3 dias antes da data do recebimento das propostas	entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três	a quaisquer interessados	a quaisquer interessados	a quaisquer interessados	a quaisquer interessados
Intervalo mínimo entre instrumento convocatório e entrega de envelopes	45 dias corridos (nos tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço) ou 30 dias corridos (menor preço)	30 dias corridos (técnica ou técnica e preço) e 15 dias corridos (menor preço)	5 dias úteis	45 dias corridos	15 dias corridos	sem previsão	8 dias úteis

7.16.9 Licitação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda (Lei n. 12.232/2010)

A novíssima Lei n. 12.232, publicada em 29 de abril de 2010, estabelece **normas gerais sobre licitações** e contratações pela Administração Pública de **serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda**, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º).

O art. 2º conceitua serviços de publicidade como "o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral".

Fica **vedada a inclusão**, no conceito de contrato de publicidade, das atividades de **assessoria de imprensa**, **comunicação** e **relações públicas** ou as que tenham por finalidade a realização de **eventos festivos** de qualquer natureza, as quais serão contratadas por meio de procedimentos licitatórios próprios (art. 2º, § 2º).

Estranhamente, a Lei n. 12.232/2010 faculta que a Administração, mediante justificativa no processo de licitação, realize a **adjudicação do objeto a mais de uma agência de propaganda**. Essa "multiadjudicação" é promovida para, em seguida, permitir que o órgão ou entidade contratante institua procedimento de seleção interna entre as contratadas (art. 2º, § 4º). Trata-se de uma **licitação dentro da licitação**, procedimento visivelmente inconstitucional por violação do princípio da isonomia e do próprio dever de licitar (arts. 5º e 37, XXI, da CF).

O rito licitatório especial definido pela Lei n. 12.232/2010 deve obrigatoriamente observar os critérios de **"melhor técnica"** ou **"técnica e preço"**.

Assim como ocorre com o procedimento do pregão, a licitação para contratação dos serviços de publicidade também utiliza a **inversão das fases naturais do certame**, à medida que o **julgamento das propostas** antecede a fase de habilitação (art. 11, X e XI, da Lei n. 12.232/2010).

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "O pregão é modalidade de licitação em que a habitação do vencedor ocorre após a classificação das propostas".

7.17 REGISTRO DE PREÇOS

Previsto no art. 15 da Lei n. 8.666/93, regulamentada pelos Decretos n. 3.931/2001 e n. 4.342/2002, o registro de preços é um sistema utilizado para **compras, obras ou serviços rotineiros** no qual, ao invés de fazer várias licitações, o Poder Público realiza uma **concorrência** e a **proposta vencedora fica registrada**, estando disponível quando houver necessidade de contratação pela Administração.

A proposta vencedora fica à disposição da Administração para, quando desejar contratar, utilizar o cadastro quantas vezes forem necessárias.

Mesmo após a efetivação do registro de preços, o Poder Público não é obrigado a contratar com o ofertante registrado, mas ele terá preferência na contratação em igualdade de condições (art. 15, § 4º). Da leitura da ressalva constante na parte final do dispositivo transcrito, depreende-se ser obrigatória prévia pesquisa de preços de mercado, sempre que um órgão público pretenda contratar o objeto do registro de preços.

A Lei n. 8.666/93 estabelece algumas **condições** para a manutenção do sistema de registro de preços:

a) utilização de **concorrência pública**, exceto quando couber o pregão;

b) deve haver **sistema de controle e atualização dos preços**;

c) a validade do registro **não pode superar um ano**;

d) os registros **devem ser publicados trimestralmente** na imprensa oficial.

A prova de Assessor Jurídico do TCE/PI considerou CORRETA a afirmação: "Determinado órgão da Administração Pública federal, para aplicar o sistema de registro de preços, realiza seleção mediante tomada de preços, comunicando aos interessados a especificação completa dos bens a serem adquiridos, inclusive preferência por fabricante e marca, e informando que o registro terá validade de dois anos. Nessa situação, o órgão público desrespeitou a Lei n. 8.666/93 apenas no tocante à modalidade de licitação empregada".

De acordo com a Orientação Normativa n. 21 da AGU sobre Licitações e Contratos: "É vedada aos órgãos públicos federais a adesão à Ata de Registro de Preços, quando a licitação tiver sido realizada pela Administração Pública Estadual, Municipal ou do Distrito Federal".

7.18 REGISTROS CADASTRAIS

O sistema de registro de preços não se confunde com os registros cadastrais. Estes são **bancos de dados** que **documentam a situação jurídica, técnica, financeira e fiscal** das empresas que participam usualmente de licitações.

Feito o registro cadastral, a empresa é considerada **previamente habilitada** para futuros certames.

A prova de Procurador do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: "Nos termos da Lei n. 8.666/93, a pré-qualificação dos licitantes é compatível com a modalidade concorrência".

O registro cadastral deverá ser **amplamente divulgado** e estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo **anualmente**, por meio da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados (art. 34, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

A prova de Procurador do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: "Um órgão da Administração Pública, ao elaborar seu registro cadastral, estabelece que sua validade é de dois anos, devendo ser atualizado no mínimo anualmente por meio de chamamento público; prevê ainda a possibilidade de utilização de registros cadastrais de outros órgãos da Administração Pública. Nesse caso, há irregularidade no prazo de validade".

Ao requerer inscrição ou atualização no cadastro, o interessado fornecerá documentação necessária à satisfação das exigências de habilitação estabelecidas na lei. Os inscritos serão classificados por categorias,

tendo em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação.

A qualquer tempo, poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências de habilitação ou as estabelecidas para classificação cadastral (art. 37 da Lei n. 8.666/93).

7.19 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

A comissão de licitação, em regra, é composta por **três membros**, sendo **dois deles dos quadros permanentes do órgão licitante**, nomeados pela autoridade superior dentro da própria entidade (art. 51 da Lei n. 8.666/93).

Existem **dois tipos** de comissão: **especial**, constituída para um certame específico, e **permanente**, que realiza todas as licitações no período de investidura.

Os membros da comissão **respondem solidariamente** por todos os atos a ela imputados, salvo se a posição individual divergente for manifestada em ata (art. 51, § 3º, da Lei n. 8.666/93).

7.20 FASES DA CONCORRÊNCIA

Cada modalidade licitatória possui um procedimento próprio. No entanto, a sequência de fases observa sempre o padrão empregado no procedimento da concorrência.

Assim, o estudo das fases da concorrência permite compreender as linhas gerais de todos os procedimentos licitatórios.

A concorrência é dividida em duas grandes etapas: **fase interna** e **fase externa**.

A **fase interna** compreende todos os atos anteriores à publicação do edital, envolvendo: a) elaboração de projeto básico para obras e serviços de engenharia; b) orçamento detalhado; c) previsão de recursos orçamentários e compatibilidade com o Plano Plurianual (PPA); d) abertura de processo administrativo para verificação da necessidade da contratação e designação de comissão.

> IMPORTANTE: Se o objeto contratado tiver valor superior a cem vezes o limite mínimo da concorrência, isto é, **acima de R$ 1.500.000,00** (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, é necessária a realização de **audiência pública** (art. 39, *caput*, da Lei n. 8.666/93).

A elaboração do instrumento convocatório encerra a fase interna.

A **fase externa** inicia-se com a publicação do edital e inclui basicamente cinco etapas: a) instrumento convocatório; b) habilitação; c) classificação; d) homologação; e) adjudicação.

7.20.1 Instrumento convocatório

A publicação do edital é o primeiro evento da fase externa da licitação. No edital, estão fixadas todas as regras do procedimento e os requisitos exigidos para participação no certame. A sua natureza vinculante e obrigatória faz do **edital a lei da licitação**.

O **preâmbulo** do edital conterá o **número de ordem** em série anual, o **nome da repartição** interessada, a **modalidade**, o **regime de execução** e o **tipo da licitação**, a menção de que será regido pela Lei n. 8.666/93, o **local**, o **dia** e a **hora para recebimento da documentação** e da **proposta**, bem como para **início da abertura dos envelopes**.

Além desses elementos indispensáveis no preâmbulo, o art. 40 da Lei n. 8.666/93 exige que o edital contenha também:

"I – objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II – prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III – sanções para o caso de inadimplemento;

IV – local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V – se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI – condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas;

VII – critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII – locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX – condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência;

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XII – (*vetado*);

XIII – limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV – condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV – instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI – condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII – outras indicações específicas ou peculiares da licitação".

O aviso de edital será publicado na imprensa oficial ou em jornal de grande circulação, indicando o local onde a íntegra do instrumento convocatório poderá ser adquirida. O Poder Público não pode condicionar a participação no certame à compra do edital. A Administração pode cobrar o custo das cópias reprográficas para fornecimento do edital, vedada a obtenção de lucro com essa venda.

Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital em razão de ilegalidade, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis.

Se a impugnação for rejeitada pela Comissão, o proponente dispõe de três caminhos a seguir:

a) representar ao Tribunal de Contas;

b) representar ao Ministério Público;

c) propor ação popular ou ação civil pública.

A prova de Agente Fiscal da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Em uma licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, o pregoeiro, um dia antes da abertura, constatou um vício no edital. A alteração necessária implicou alteração na formulação das propostas. Diante das circunstâncias, a autoridade superior recomendou-lhe que republicasse o edital da mesma forma que a publicação original. A recomendação da autoridade superior se deu para que houvesse a observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório".

Em regra, o edital não pode ser alterado. Mas, se for preciso realizar **alguma modificação**, deverá ser observado o **mesmo meio de divulgação** do texto original, **reabrindo o prazo** para recebimento das propostas e apresentação de documentos, exceto se a alteração não prejudicar a elaboração das **propostas**.

Decairá do direito de impugnação administrativa do edital o licitante que não o fizer **até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação** em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (art. 41, § 2º, da Lei n. 8.666/93).

Segundo a Orientação Normativa n. 5 da AGU sobre Licitações e Contratos: "Na contratação de obra ou serviço de engenharia, o instrumento convocatório deve estabelecer critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global".

7.20.2 Habilitação

É a fase licitatória de **recebimento e abertura dos envelopes** contendo a documentação exigida para participar do certame.

Para preservar a mais ampla competitividade possível, as exigências de qualificação técnica e econômica devem ser compatíveis e proporcionais ao objeto licitado, restringindo-se ao estritamente indispensável para garantir o cumprimento adequado do futuro contrato.

O art. 27 da Lei n. 8.666/93 menciona **quatro tipos de documentos** exigidos na licitação:

a) documentos relativos à habilitação jurídica (art. 28): 1) cédula de identidade; 2) registro comercial, no caso de empresa individual; 3) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; 4) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; 5) decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

b) documentos relativos à regularidade fiscal (art. 29): 1) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); 2) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; 3) prova de regularidade com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; 4) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

c) documentos relativos à qualificação técnica (art. 30): 1) registro ou inscrição na **entidade profissional competente**; 2) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; 3) comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; 4) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

A prova de Analista Judiciário do TRT/MT elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Considerando o que dispõe a Lei n. 8.666/93, especialmente quanto à fase de habilitação, o registro ou inscrição do engenheiro no Conselho Regional de Engenharia diz respeito à sua qualificação técnica".

d) documentos relativos à qualificação econômico-financeira (art. 31): 1) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já

A prova de Procurador do Estado do Espírito Santo/2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "É abusivo exigir, em edital de licitação, que, na fase de habilitação, as empresas participantes comprovem capital mínimo circulante ou patrimônio líquido de 10% do valor da contratação".

exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a **boa situação** financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de três meses da data de apresentação da proposta; 2) certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; 3) garantia, limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação.

O licitante que não atender às exigências de habilitação será excluído da competição. A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes (art. 41, § 4º, da Lei n. 8.666/93).

A comissão só pode exigir a apresentação de certidões tributárias relativas a tributos vinculados ao objeto do certame. Isso porque a licitação não pode ser usada como meio indireto para obter regularidade fiscal da empresa. Nesse sentido, o art. 193 do Código Tributário Nacional: "Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre".

Com o encerramento da fase de habilitação, a comissão fica impossibilitada (preclusão) de utilizar elementos da qualificação dos licitantes para realizar o julgamento das propostas. É o que afirma o art. 43, § 5º, da Lei n. 8.666/93: "Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, **salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento**".

Após a fase de habilitação, **o licitante não pode mais desistir da proposta** formulada, exceto por justo motivo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão.

A prova da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Dos atos da Administração Pública decorrentes de aplicação da Lei n. 8.666/93, em questões relativas a procedimentos licitatórios e contratos administrativos é cabível recurso com efeito suspensivo, no caso de inabilitação de licitante".

Contra a decisão que inabilita participante, cabe recurso com **efeito suspensivo** no prazo de cinco dias úteis contados da intimação na sessão ou da publicação da decisão no *Diário Oficial*.

Se o recurso for rejeitado pela comissão, o licitante inconformado pode impetrar mandado de segurança que, na maioria das vezes, tem pedido de suspensão da licitação deferido até o julgamento do mérito do *writ*. Há casos em que a concorrência fica paralisada por mais de ano aguardando decisão judicial sobre a habilitação do impetrante.

Se **nenhum licitante for habilitado**, deve ser aberto **prazo de oito dias** para complementação de documentos.

O envelope com a proposta de preços deve ser devolvido lacrado ao licitante inabilitado.

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "No transcorrer do procedimento licitatório, todos os concorrentes foram declarados inabilitados. Diante desta situação, o órgão responsável pelo certame poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação escoimada das causas que deram margem à inabilitação".

7.20.3 Classificação

Classificação é a fase de **análise e julgamento das propostas** formuladas pelos concorrentes habilitados.

Nessa etapa procedimental, os envelopes são abertos e a comissão promove a verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e com os preços correntes no mercado, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

A comissão pode **desclassificar três tipos de propostas**:

a) inexequível: quando o valor estiver muito abaixo do praticado no mercado;

b) contrária à cláusula do edital;

c) indireta ou condicionada: aquela que não apresenta um valor exato, mas vincula a oferta a determinada condição ou a proposta de outro concorrente. Deve ser desclassificada, por exemplo, a proposta que diga "meu preço é 95% da proposta mais baixa apurada".

Nesse diapasão, prescreve o art. 44, § 2º, da Lei n. 8.666/93: "Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, **nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes**". E, no mesmo sentido, também o § 3º: "**Não se admitirá** proposta que apresente **preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero**, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de **mercado**, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à parcela ou à totalidade da remuneração".

A prova de Assessor Jurídico do TCE/PI considerou CORRETA a afirmação: "Em determinado processo de licitação, do tipo menor preço, sem fixação de preço máximo, para a contratação de serviços de engenharia, o valor orçado pela Administração foi de R$ 109.000,00. Nesse processo, compareceram apenas as empresas 'A', 'B' e 'C', que foram habilitadas e ofereceram propostas, respectivamente, no valor de R$ 110.000,00, R$ 90.000,00 e R$ 50.000,00. Considerando os preços oferecidos e considerando que nenhuma das empresas licitantes possui situação que justifique composição de custos diversa da do mercado, a empresa que deve ser considerada vencedora é a 'A', sendo as empresas 'B' e 'C' desclassificadas".

As propostas remanescentes são colocadas em **ordem classificatória** de acordo com o critério objetivo de julgamento, conforme o tipo de licitação.

Após a divulgação do resultado, abre-se prazo de cinco dias úteis para interposição de recursos com **efeito suspensivo**.

A prova da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Dos atos da Administração Pública decorrentes de aplicação da Lei n. 8.666/93, em questões relativas a procedimentos licitatórios e contratos administrativos, no caso de julgamento das propostas, cabe recurso administrativo, no prazo de cinco dias úteis, com efeito suspensivo".

A 23ª prova do MPF considerou INCORRETA a assertiva: "Em havendo empate entre as várias propostas, deverá ser aplicado incontinente o critério de desempate por sorteio, efetuado em ato para o qual serão convidados todos os participantes, franqueado o acesso a qualquer cidadão".

Havendo **empate**, será classificada em primeiro lugar a **empresa de capital nacional** e, persistindo, ocorrerá **sorteio**.

7.20.4 Homologação

Após a definição da ordem classificatória, os autos sobem para a autoridade superior, que procederá à **avaliação de todo o procedimento** em busca de eventuais irregularidades. Se houver algum vício, a autoridade superior pode anular o certame ou, preferencialmente, somente os atos prejudicados pelo defeito, preservando os demais.

É possível ainda revogar a licitação na hipótese da ocorrência de causa superveniente que torne a licitação contrária ao interesse público.

Sobre a revogação e anulação da licitação, prescreve o art. 49 da Lei n. 8.666/93 que "a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado".

Inexistindo qualquer irregularidade ou acontecimento ensejador de revogação, a licitação será aprovada (homologada).

Contra decisões relativas à homologação cabe recurso no prazo de cinco dias úteis, sem efeito suspensivo.

▶ IMPORTANTE: A anulação da licitação não produz direito a indenização; na revogação, a indenização é devida. Se já houver vencedor, somente ele será indenizado.

▶ ATENÇÃO: Para alguns autores (corrente minoritária), a fase de adjudicação antecede a fase de homologação.

7.20.5 Adjudicação

A última fase do procedimento da concorrência é a adjudicação, que consiste no ato administrativo **declaratório** e **vinculado** de **atribuição jurídica do objeto** da licitação ao **vencedor do certame**.

A 178ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "O último ato do processo licitatório, atribuindo ao vencedor o objeto da licitação, denomina-se adjudicação".

Trata-se de ato administrativo declaratório porque reconhece a condição do adjudicatário, de vencedor da competição. Além disso, a adjudicação é ato vinculado à medida que a comissão é obrigada, após a homologação, a encerrar o procedimento com a prática desse ato que declara como adjudicatário o vencedor do certame.

A adjudicação produz **dois efeitos** principais:

a) atribui o direito ao vencedor de **não ser preterido** na celebração do contrato;

b) provoca a **liberação dos licitantes** vencidos.

Importante destacar que o adjudicatário não tem direito adquirido à celebração do contrato, mas mera expectativa de direito. Isso porque, mesmo após a adjudicação, a **Administração não é obrigada a celebrar o contrato**, cabendo-lhe avaliar a conveniência e oportunidade da contratação.

A prova de Procurador do Estado do Ceará/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Havendo interesse público superveniente, a Administração poderá deixar de firmar o contrato, ainda que o resultado da licitação já tenha sido homologado".

Se, entretanto, houver celebração do contrato com preterição da ordem classificatória, é nula a contratação (art. 50 da Lei n. 8.666/93), passando o adjudicatário a ter direito adquirido de figurar no contrato.

A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair do direito à contratação, admitida uma prorrogação, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela **Administração**.

A prova de Analista do INSS/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O adjudicatário que se recusar, injustificadamente, a assinar contrato administrativo está sujeito às penalidades pelo descumprimento total da obrigação assumida".

A Lei n. 8.666/93 faculta à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, a convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro **classificado**, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Convocado o primeiro classificado de uma licitação, para assinar o respectivo termo de contrato no prazo regularmente estabelecido, este não comparece, nem se manifesta. Encerrado o prazo, nos termos da Lei n. 8.666/93, terá decaído o direito de contratar do primeiro classificado, podendo a Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado".

Ultrapassados sessenta **dias** da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Os atos, sempre vinculados, praticados na concorrência, e também sua ordem sequencial, são basicamente os mesmos que comandam a tomada de preços. O convite, a partir da classificação das propostas, segue igualmente o mesmo procedimento.

7.21 CONTRATAÇÃO DIRETA

A regra, no direito brasileiro, é a obrigatoriedade de prévia licitação para celebração de contratos administrativos. Entretanto, a própria Constituição Federal atribui ao legislador a competência para definir casos excepcionais em que a licitação não é realizada: "**ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública..." (art. 37, XXI).

A prova do Ministério Público/PE 2002 considerou CORRETA a afirmação: "Em matéria de licitações públicas, é certo que na licitação dispensável ou na inexigível, dentro das hipóteses cabíveis, a exclusão da obrigação de licitar exige um prévio ato da Administração Pública".

Assim, excepcionalmente, a legislação autoriza a realização de **contratação direta sem licitação**.

O direito brasileiro prevê inúmeros casos em que a licitação não deve ser feita, ocorrendo contratação direta.

▶ PERGUNTA: O que é credenciamento?

RESPOSTA: A par das hipóteses em que a legislação afasta o dever de realizar licitação, há casos de contratos administrativos que, pela sua natureza, são celebrados sem necessidade de licitação. É a situação, por exemplo, do contrato de credenciamento, com o qual o **Poder Público habilita qualquer interessado** em realizar determinada atividade, não havendo necessidade de estabelecer competição. Exemplo: credenciamento de hospitais para o SUS.

O estudo das hipóteses de contratação direta na Lei n. 8.666/93 revela a existência de **quatro institutos** diferentes: a) **dispensa**; b) **inexigibilidade**; c) **vedação**; d) **licitação dispensada**.

7.21.1 Dispensa de licitação

A prova da Magistratura/PA considerou CORRETA a assertiva: "Há dispensa do procedimento licitatório quando, apesar da possibilidade de sua realização, for inconveniente para a Administração Pública realizá-lo. Há inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição".

Previstos taxativamente no **art. 24** da Lei n. 8.666/93, os casos de dispensa envolvem situações em que a **competição é possível**, mas sua realização **pode não ser** para a Administração **conveniente e oportuna**, à luz do interesse público. Assim, nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma **decisão discricionária** da Administração Pública. Exemplo: contração de objetos de pequeno valor.

São hipóteses de dispensa de licitação (art. 24):

"I – para obras e serviços de engenharia de valor até R$ 15.000,00 (quinze mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e **concomitantemente**;

A prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a assertiva: "É inexigível a licitação para obras e serviços de engenharia de até 10% do limite de R$ 150.000,00, desde que não se refiram às parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente".

II – para outros serviços e compras de valor até R$ 8.000,00 (oito mil reais), nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

▶ ATENÇÃO: Segundo a Orientação Normativa n. 10 da AGU: "Na contratação de serviço contínuo, com fundamento no art. 24, inc. II, da Lei n. 8.666, de 1993, o limite máximo de R$ 8.000,00 (oito mil reais) deverá considerar a possibilidade da duração do contrato pelo prazo de 60 (sessenta) meses".

III – nos casos de guerra ou **grave perturbação da ordem**;

IV – nos casos de **emergência ou de calamidade pública**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos **contratos**;

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A lei prevê que nos casos de emergência ou calamidade pública a licitação é dispensável".

A prova de Auditor do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: "A situação de emergência ou de calamidade pública pode ensejar a dispensabilidade de licitação".

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Para a aquisição de bens necessários ao atendimento de determinada situação emergencial, o Poder Público poderá dispensar o procedimento licitatório".

V – quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 da Lei n. 8.666/93 e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação

da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente **corrigido**;

A prova de Assessor Jurídico do TCE/PI considerou CORRETA a afirmação: "Configura hipótese de dispensa de licitação, nos termos da Lei n. 8.666/93, a contratação de remanescente de obra, em consequência de rescisão contratual, atendida a ordem de classificação da licitação anterior e respeitada a oferta então realizada pela empresa a ser contratada".

XII – nas **compras de hortifrutigranjeiros**, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

A prova de Analista do MPU elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "Inclui-se no rol legal de hipóteses de dispensa de licitação a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Poder Executivo, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público".

XIV – para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo **Congresso Nacional**, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XV – para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;

XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII – para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea *a* do inciso II do art. 23 da Lei n. 8.666/93;

XIX – para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração

Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXI – para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim **específico**;

A prova de Auditor do TC/PI considerou CORRETA a afirmação: "Configura hipótese de dispensa de licitação, nos termos da Lei n. 8.666/93, contratação para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas no CNPq para esse fim específico".

XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no **contrato de gestão**;

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A União pode contratar, com dispensa de licitação, a prestação de serviços de organização social para atividades contempladas no contrato de gestão".

XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXVI – na **celebração de contrato de programa** com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "É dispensável a licitação na hipótese de celebração de contrato de programa entre entes da Federação ou com entidades da Administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação".

XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo Poder Público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão;

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;

XXX – na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal;

XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes".

A respeito do tema dispensa de licitação, são relevantes os seguintes entendimentos normativos da AGU:

a) Orientação Normativa n. 11 da AGU: "A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei".

b) Orientação Normativa n. 12 da AGU: "Não se dispensa licitação, com fundamento nos incs. V e VII do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, caso a licitação fracassada ou deserta tenha sido realizada na modalidade convite".

c) Orientação Normativa n. 13 da AGU: "Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a Administração Pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993".

d) Orientação Normativa n. 14 da AGU: "Os contratos firmados com as fundações de apoio com base na dispensa de licitação prevista no inc. XIII do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, devem estar diretamente vinculados a projetos com definição clara do objeto e com prazo determinado, sendo vedadas a subcontratação; a contratação de serviços contínuos ou de manutenção; e a contratação de serviços destinados a atender às necessidades permanentes da instituição".

7.21.2 Inexigibilidade

A prova de Defensor Público/BA considerou INCORRETA a assertiva: "O rol de hipóteses de inexigibilidade previsto no art. 25 da Lei federal n. 8.666/93 é taxativo".

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "A inexigibilidade da licitação decorre da inviabilidade de competição verificada no caso concreto".

As hipóteses de inexigibilidade estão previstas **exemplificativamente** no **art. 25** da Lei n. 8.666/93. São casos em que a realização do **procedimento licitatório é logicamente impossível** por **inviabilidade de competição**, seja porque o fornecedor é exclusivo, seja porque o objeto é singular.

Nos casos de inexigibilidade, a **decisão** de não realizar o certame **é vinculada**, à medida que, configurada alguma das hipóteses legais, à Administração não resta alternativa além da contratação direta.

A prova de Procurador do Estado/RN considerou INCORRETA a afirmação: "Na inexigibilidade de licitação a competição é perfeitamente possível, sendo opção discricionária do administrador a não realização do certame licitatório. Nas hipóteses de dispensa de licitação é impossível realizar-se o procedimento licitatório".

De acordo com o art. 25 da Lei n. 8.666/93, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de **competição**, em especial:

A prova de Procurador do Estado/RN considerou CORRETA a afirmação: "Na dispensa de licitação existe possibilidade de competição. A licitação deixa de ocorrer por opção discricionária do administrador. Na inexigibilidade a competição é inviável, porque apenas uma pessoa ou um único objeto satisfazem as necessidades da Administração".

"I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

▶ ATENÇÃO: De acordo com a **Orientação Normativa n. 16 da AGU**: "A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da Lei n. 8.666, de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços". Relevante também o teor da **Orientação Normativa n. 17** sobre o mesmo dispositivo: "Compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da Lei n. 8.666, de 1993". Quanto à contratação de conferencistas por notória especialização, enuncia a **Orientação Normativa n. 18**: "Contrata-se por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, inc. II, da Lei n. 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado tratar-se de notório especialista".

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei n. 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de **publicidade** e divulgação;

A prova de Procurador do Estado da Paraíba/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Um prefeito, tendo realizado contratação direta de um publicitário para a realização dos serviços de publicidade institucional da Prefeitura, justificou o seu ato sob o argumento de que, por se tratar de serviço técnico de notória especialização, não seria exigível a licitação. Na situação apresentada, a atitude do prefeito, à luz da Lei de Licitações, deve ser considerada errada, pois serviços de publicidade não podem ser classificados como de notória especialização, sendo necessário o procedimento de licitação para a contratação desse tipo de serviço".

III – para contratação de profissional de qualquer **setor artístico**, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".

Considera-se de **notória especialização** o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente

de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o **seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato** (art. 25, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

7.21.3 Licitação vedada ou proibida

São situações excepcionais, identificadas pela doutrina e sem previsão expressa na lei, em que a **realização do certame licitatório violaria o interesse público** em razão da **extrema urgência** em obter certos bens ou serviços. São casos, portanto, nos quais a Administração Pública é obrigada a adotar a **decisão vinculada** de realizar a contratação direta pelo fato de a proteção do interesse público ser incompatível com o período de tempo necessário para concluir o procedimento licitatório. Exemplo: compra de vacinas durante epidemia.

7.21.4 Licitação dispensada

Recentemente identificados pela doutrina, os casos de **licitação dispensada** não envolvem a possibilidade discricionária, como nas hipóteses convencionais de dispensa, de a Administração escolher entre promover a licitação ou realizar a contratação direta. Trata-se, portanto, de situações em que a contratação direta é uma **decisão vinculada**.

A própria Lei n. 8.666/93 distingue casos de licitação "dispensável" (art. 24, *caput*) e de licitação "dispensada" (art. 17). Naqueles, a Administração decide discricionariamente se a melhor solução é licitar ou contratar diretamente; nestes, a realização da licitação está de antemão excluída, dispensada.

As hipóteses de licitação dispensada estão **descritas taxativamente** no **art. 17** da Lei n. 8.666/93:

1) alienação de bens imóveis provenientes de:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 da Lei n. 8.666/93;

d) **investidura**;

e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou

Confundindo licitação dispensável com licitação dispensada, a prova de Analista do Ministério Público da União elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A alienação aos proprietários de imóveis lindeiros, de área remanescente ou resultante de obra pública, a qual se torne inapropriável, isoladamente, que a Lei n. 8.666/93 considera dispensável a licitação, para esse fim, é conceituada nesse diploma legal como sendo investidura".

efetivamente utilizados no âmbito de **programas habitacionais** ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública;

A prova de Agente Fiscal da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pode ser dispensada a concorrência na alienação de bens imóveis da Administração Pública nas hipóteses de dação em pagamento, investidura, venda a outro órgão da Administração Pública e alienação gratuita ou onerosa em programas habitacionais".

g) procedimentos de legitimação de posse, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m^2 e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública;

A prova de Técnico Judiciário do TRT/RS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Para a escolha de trabalho científico, técnico ou artístico, e nas concessões de direito real de uso, a Administração Pública deverá observar, respectivamente, as modalidades de licitação denominadas concurso e concorrência".

i) alienação e concessão de **direito real de uso**, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de quinze módulos fiscais ou 1.500 ha, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

2) alienação de bens móveis provenientes de:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Quadro comparativo entre os diferentes institutos de contratação direta

	Dispensa	Inexigibilidade	Vedação	Licitação dispensada
Base legal	art. 24 da Lei n. 8.666/93	art. 25 da Lei n. 8.666/93	---------	art. 17 da Lei n. 8.666/93
Rol	taxativo	exemplificativo	---------	taxativo
Caracterização	casos em que a licitação é possível, mas pode ser inconveniente ao interesse público	a realização da licitação é logicamente impossível, por inviabilidade de competição	a situação emergencial torna proibida a promoção da licitação	a Lei n. 8.666/93 descreve casos em que a licitação é "dispensada", obrigando a contratação direta
Natureza da decisão	a decisão pela contratação direta é discricionária	a decisão pela contratação direta é vinculada	a decisão pela contratação direta é vinculada	a decisão pela contratação direta é vinculada
Exemplo importante	compra de objetos de pequeno valor	contratação de artista consagrado para *show* da Prefeitura	compra de vacinas durante epidemia	alienação de bens imóveis provenientes de dação em pagamento

7.22 CRIMES NA LEI N. 8.666/93

Os arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666/93 tipificam alguns **crimes** relacionados com o **procedimento licitatório** e a celebração de **contratos administrativos**.

Podem incorrer nessas condutas tanto **particulares** licitantes quanto **agentes públicos**. Todos os crimes são de **ação penal pública incondicionada**, e seu cometimento não impede a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92.

As condutas definidas como crime são as seguintes:

1) dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade (art. 89);

2) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (art. 90);

A prova de Auditor do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: "O patrocínio direto ou indireto de interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, está sujeito à pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa".

3) patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo **Poder Judiciário** (art. 91);

4) admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório

da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade (art. 92);

5) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório (art. 93);

6) devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo (art. 94);

7) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo (art. 95);

8) fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: a) elevando arbitrariamente os preços; b) vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; c) entregando uma mercadoria por outra; d) alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; e) tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato (art. 96);

9) admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo (art. 97);

10) obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito (art. 98).

> ATENÇÃO: Segundo recente entendimento do Supremo Tribunal de Federal, a realização de consulta formulada a órgão jurídico, sobre a exigibilidade do dever de licitar, afasta o dolo da contratação feita sem licitação (Inquérito 2.482/MG, julgado em 15 de setembro de 2011).

7.23 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) – LEI N. 12.462, DE 5 DE AGOSTO DE 2011

Aproveitando que o Brasil foi confirmado como país-sede da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, o governo federal conseguiu aprovar no Congresso Nacional a Lei n. 12.462/2011, que institui o controvertido RDC, Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com o objetivo de viabilizar as obras e contratações necessárias para criar a infraestrutura indispensável para receber os dois eventos.

A **utilização do RDC é exclusiva para** licitações e contratos vinculados à **Copa do Mundo**, à **Copa das Confederações** (2013) e aos **Jogos Olímpicos**, bem como para construção e melhoria de **aeroportos distantes até 350 km das cidades-sede**, conforme previsto logo no art. 1º da Lei:

"Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II".

O RDC possui **4 objetivos** (art. 1º, § 1º): a) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; c) incentivar a inovação tecnológica; d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Quanto ao **procedimento** do RDC, merecem destaque algumas **características especiais**:

a) a possibilidade de a administração pública contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço (**multiadjudicação**), desde que não implique perda de economia de escala, quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado ou a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública (art. 11);

b) **inversão das fases naturais** da licitação, com o julgamento das propostas precedendo a habilitação (art. 12);

c) **uso preferencial do RDC eletrônico** (art. 13);

d) **oferecimento das propostas** poderá ser realizado pelo **sistema de disputa aberto**, no qual os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado, ou **no modo de disputa fechado**, em que as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas (art. 17);

e) **sigilo dos orçamentos** até o fim da licitação.

Esta última característica presente no regime do RDC é o aspecto mais polêmico da nova lei. Os críticos desse modelo consideram inconstitucional, por atentatório ao princípio da publicidade, manter-se em sigilo até o final da licitação o valor que o Poder Público pretende gastar com a contratação. Nas demais licitações, o próprio edital declara qual o valor máximo disponível em caixa para ser gasto com a celebração do contrato, o que garante mais transparência no controle das despesas.

Outro aspecto bastante polêmico da Lei do RDC é o **contrato de eficiência**. Trata-se de um contrato acessório que terá por objeto a prestação de serviços, incluindo a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o **contratado remunerado com base no percentual da economia gerada** (art. 23, § 1º).

Estranha também é a hipótese chamada de **contratação integrada**, na qual obras e serviços são contratados **sem projeto básico aprovado pela autoridade competente** (art. 8º, § 5º), em flagrante violação dos requisitos básicos exigidos para um edital segundo o disposto no art. 40 da Lei n. 8.666/93.

7.24 QUESTÕES

1. (Procuradoria da Fazenda Nacional – 2007.2) Considerando o que dispõe a Lei n. 8.666, de 21-6-1993, marque com (V) a assertiva verdadeira e com (F) a falsa, assinalando ao final a opção correspondente.

( ) A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da eficiência e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

( ) A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

( ) A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público, quando imóveis, dispensa licitação no caso de dação em pagamento.

( ) O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência, tomada de preços e concurso, bem como nas dispensas e inexigibilidades.

( ) A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

A) V, V, F, F, V
B) F, V, V, F, V
C) V, F, V, F, F
D) F, V, F, V, V
E) V, F, V, V, F

2. (Procurador do Estado de São Paulo – 2002 – Vunesp) Por não possuir local próprio para estocagem, e necessitando adquirir combustíveis para abastecimento de sua frota de veículos, a Administração realizou procedimento licitatório, com previsão de abastecimento dos veículos no estabelecimento do fornecedor. Do instrumento convocatório da licitação constou a exigência de que os licitantes deveriam manter postos de abastecimento num raio máximo de 5 km da sede da repartição. Essa exigência é

A) ilegal, porque a Administração não pode incluir no instrumento convocatório da licitação condições que restrinjam a competitividade do certame;
B) inconstitucional, porque a Administração não pode impor cláusulas que provoquem a desigualdade entre os licitantes;
C) legal, porque a Administração pode impor condições restritivas à participação no certame, desde que pertinentes e relevantes para o específico objeto do contrato;
D) ilegal, porque na hipótese em questão, a Administração deveria realizar procedimento de pré-qualificação dos licitantes;
E) legal, porque se cuida de mera exigência de qualificação técnica.

3. (Procurador do Município de São Paulo – 2004) Em matéria de licitação, é correto afirmar:

A) Há viabilidade legal de dispensa de licitação para a contratação de instituição estrangeira de pesquisa, desde que tenha reconhecida reputação ética e profissional.
B) Se verificada a obrigatoriedade de certame licitatório, o administrador não pode optar pelas várias modalidades.

C) A licitação pode ser decretada nula pelo Poder Judiciário, em face de sua ilegalidade, produzindo efeitos *ex tunc*.
D) Instaura-se o procedimento licitatório com a abertura das propostas dos licitantes.
E) Na modalidade tomada de preço, os interessados são convidados a participar da licitação, por meio de edital ou de carta-convite.

4. (Analista Judiciário – TRT/MG – FCC) Para contratar, pelo regime da Lei n. 8.666/93, a compra de materiais de escritório, no valor de R$ 12.000,00, e uma obra no valor de R$ 20.000,00, uma sociedade de economia mista federal decide pela inexigibilidade de licitação por motivo do valor. Posteriormente, invocando nulidade nos contratos assim celebrados, a autoridade administrativa competente decide revogá-los de ofício. Todavia, alegando tratar-se de ato discricionário o ato de revogação, tal autoridade não motiva. Em defesa, as empresas que haviam sido contratadas recorrem ao Presidente da República que, sendo autoridade hierarquicamente superior ao dirigente da sociedade de economia mista, poderia, em nome da imperatividade dos atos administrativos, reconsiderar a decisão de seu subordinado. Quanto ao procedimento seguido para a contratação,

A) está correta a caracterização da inexigibilidade de licitação por motivo de valor;
B) caberia dispensa de licitação, e não inexigibilidade por motivo de valor, para a obra, mas para a compra seria exigida licitação, a qual poderia se processar na modalidade convite;
C) está incorreta a contratação direta, sendo exigida licitação para ambos os contratos, a qual poderia se processar na modalidade convite;
D) está correta a caracterização da inexigibilidade de licitação por motivo de valor para a compra, mas para a obra seria exigida licitação, a qual poderia se processar na modalidade convite;
E) o motivo invocado não justifica inexigibilidade, cabendo sim dispensa de licitação por motivo de valor.

5. (Ministério Público/SP) O princípio da competitividade é peculiar à licitação, pois a competição favorece a obtenção da melhor proposta. Se à licitação comparecer apenas um interessado, o licitante deverá:

A) anular o edital e torná-lo mais claro para que outros interessados apareçam e haja competição;
B) republicar o edital até que novos interessados se habilitem e haja competição;
C) cancelar a etapa da habilitação e examinar desde logo a proposta com vistas à contratação imediata do único interessado;
D) apurar a habilitação normalmente, e, se habilitado o interessado, a proposta será examinada como se outros disputantes houvesse;
E) apurar a habilitação normalmente, e, em seguida, considerar automaticamente válida a proposta, por ser a única apresentada.

6. (Gestor do Ministério da Aeronáutica – 1999) O princípio da igualdade, de observância obrigatória nas licitações realizadas pelo Poder Público, não impede que

A) os órgãos públicos restrinjam às empresas, devidamente inscritas nos respectivos registros cadastrais, a participação em tomadas de preços para fornecimento de bens;
B) seja dada preferência aos serviços prestados por empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e com sua sede e administração no País, como critério de desempate;
C) se exclua a participação de empresas estrangeiras nas concorrências para fornecimento de material bélico destinado às Forças Armadas;
D) se restrinja às empresas sediadas no local da prestação dos serviços a participação nas licitações;
E) as empresas públicas e sociedades de economia mista sejam dispensadas de licitar para a prestação de serviços públicos, sob regime de concessão.

7. (Técnico Judiciário – TRT/RS – FCC) No que tange à licitação, considere:
I. Qualquer cidadão pode acompanhar o desenvolvimento do procedimento licitatório, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.
II. É vedado o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.
As proposições citadas dizem respeito, respectivamente, aos princípios licitatórios da
A) probidade e adjudicação compulsória;
B) ampla defesa e impessoalidade;
C) legalidade e publicidade;
D) publicidade e igualdade;
E) vinculação ao instrumento convocatório e isonomia.

8. (Ministério Público/RO) Tendo em conta o texto do art. 38 da Lei n. 8.666/93, assinale a alternativa que preenche correta e respectivamente as lacunas do texto abaixo.
O _____ da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente _____, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta do seu _____ e do _____ próprio para a despesa.
A) processo – registrado – objeto – recurso;
B) procedimento – registrado – objeto – recurso;
C) processo – autuado – objeto – capital;
D) procedimento – autuado – edital – capital;
E) procedimento – autuado – objeto – recurso.

9. (Oficial de Justiça – TRT/AM – FCC) A licitação é dispensável nas seguintes hipóteses:
I. guerra ou grave perturbação da ordem;
II. desinteresse pela licitação anterior;
III. venda de bem imóvel para outro órgão da Administração Pública, independentemente de qualquer outro requisito;
IV. contratação de serviços técnicos de gerenciamento de obras, com profissionais de notória especialização.
Está correto o que se afirma APENAS em
A) I e II.
B) I e III.
C) II e III.
D) II e IV.
E) III e IV.

10. (OAB/SP) Um Estado iniciou processo licitatório sem respaldo orçamentário, tendo celebrado o contrato com a empresa licitante vencedora. O Tribunal de Contas da União, com base na Lei de Responsabilidade Fiscal, determinou ao Chefe do Executivo que anulasse o contrato e a licitação prévia. A empresa contratada deveria ser ouvida antes da decisão do Tribunal de Contas?
A) Não, porque a Lei de Responsabilidade Fiscal obriga o ente público, não o particular.
B) Sim, como corolário da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.
C) Sim, desde que a empresa, na qualidade de administrado, represente ao Tribunal.
D) Não, porque contratos administrativos sem respaldo orçamentário constituem crime de responsabilidade fiscal.

11. (Magistratura/RN) Para a contratação de remanescente de uma obra, em consequência de rescisão contratual, a Administração

A) estará em face hipótese de dispensa de licitação, estando livre para escolher a empresa a ser contratada, desde que apresente a razão da escolha e justificativa do preço;
B) terá de realizar nova licitação, na modalidade correspondente ao valor da obra integral;
C) terá de realizar nova licitação, na modalidade correspondente ao valor do remanescente da obra;
D) estará em face de hipótese de dispensa de licitação, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor;
E) estará em face de hipótese de inexigibilidade de licitação, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor.

12. (OAB/SP) Um prefeito, iniciando seu mandato, decidiu revogar uma licitação que havia sido vencida por uma empresa que apoiara um candidato de outro partido político, e que se encontrava em fase de adjudicação. Pode o novo prefeito fazer isso?

A) Não, porque isso seria sempre considerado desvio de poder.
B) Não, porque a licitação já se encontrava em fase de adjudicação.
C) Sim, desde que comprove ilegalidade no procedimento da licitação.
D) Sim, desde que haja fatos supervenientes que comprovem que a contratação objeto da licitação não é conveniente nem oportuna.

13. (Analista Judiciário – TRT/MA – 2009) É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial

A) quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;
B) para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
C) quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;
D) quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
E) para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público.

14. (Ministério Público/ES – 2005) Com base nas disposições contidas na Lei federal n. 8.666/93, que institui normas para as licitações e contratos da Administração Pública, assinale a alternativa INCORRETA:

A) A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.
B) No caso de desfazimento do processo licitatório, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa.
C) Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo se em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.
D) A alienação de bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, deverá realizar-se através de procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

E) No caso de empate entre licitantes, permite-se à Comissão de Licitação considerar vantagens contidas nas propostas, mas não previstas pelo Edital, para a declaração do vencedor, com fundamento no interesse público.

15. (Procurador – TC/PI – 2005) Determinada Secretaria de Estado resolve efetuar licitação para a execução de serviços de reforma estrutural em seu edifício-sede, com valor orçado em R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Para tanto, realiza uma cotação informal de preços com três empresas de engenharia e chega à conclusão que todas elas podem ser contratadas, para execução conjunta do serviço, dividindo amigavelmente suas atribuições. Celebrou, assim, três contratos com dispensa de licitação em razão do valor, com a empresa A no valor de R$ 16.000,00, com a empresa B no valor de R$ 9.000,00 e com a empresa C no valor de R$ 5.000,00. A licitação, contudo, não poderia ter sido dispensada porque

A) o fracionamento do serviço é irregular e, ainda, o contrato com a empresa A está acima do limite de dispensa em razão do valor;
B) os contratos com as empresas A e B, individualmente, encontram-se acima do limite de dispensa em razão do valor, embora o fracionamento do serviço seja regular;
C) o fracionamento do serviço é irregular, embora todos os contratos, individualmente, estejam abaixo do limite de dispensa em razão do valor;
D) todos os contratos, individualmente, encontram-se acima do limite de dispensa em razão do valor, embora o fracionamento do serviço seja regular;
E) o fracionamento do serviço é irregular e, ainda, os contratos com as empresas A e B estão acima do limite de dispensa em razão do valor.

16. (OAB/SP) Qual a modalidade de licitação que a Administração Pública pode instaurar, para contratação de: 1) programas de informática, de grande e específica complexidade, e 2) aquisição de uma quantidade grande de computadores e impressoras? Sabe-se que os valores de ambas as contratações são bastante elevados.

A) Por se tratar de contratação de produtos de informática, a licitação deve obrigatoriamente ser feita na modalidade técnica e preço.
B) A concorrência é modalidade obrigatória, em ambos os casos, pelo valor da contratação.
C) O pregão é obrigatório em ambos os casos, pela complexidade da contratação.
D) Concorrência para ambas as licitações, ou concorrência para a primeira e pregão para a segunda contratação.

17. (OAB/SP) Em um Pregão realizado pela União para a aquisição de impressoras para computadores, a licitante que, nos lances, deu o segundo menor preço, foi contratada, apesar de haver uma licitante que teria dado um preço menor. Este procedimento

A) não está correto, porque esta modalidade necessariamente determina a contratação do menor preço;
B) está correto, desde que a licitante com o menor preço venha a ser inabilitada;
C) está correto, porque esta modalidade é para aquisição de bens e serviços comuns, e como se trata de aquisição de bens não comuns, não se aplica o critério de julgamento do menor preço;
D) não está correto, porque a desclassificação da proposta de preço só pode ocorrer entre licitantes já devidamente habilitadas.

18. (Técnico Judiciário – TRT/Campinas – 2009) A respeito do pregão presencial (Lei n. 10.520/2002), é INCORRETO afirmar que

A) é permitida a garantia de proposta;

B) o prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não for fixado no edital;
C) quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, sem prejuízo de outras cominações legais e contratuais;
D) as compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços, poderão adotar a modalidade de pregão;
E) o licitante que, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não a mantiver, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, sem prejuízo de outras sanções legais e contratuais.

19. (Analista Judiciário – TRT/SP – 2008) Em igualdade de condições no processo de licitação, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos

A) ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país; produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos ou prestados por empresas brasileiras;
B) no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país;
C) ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país;
D) ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país;
E) no país; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

20. (Analista Fiscal da CGU – 2008 – Esaf) Determinada repartição militar teve parte de suas unidades operacionais e parte do prédio da administração destruídas em razão de uma explosão em seu centro de munição. Em decorrência da explosão, verificou-se que diversos equipamentos bélicos e pólvoras ficaram expostos ao tempo, sofrendo risco de perecimento. Diante da urgência, decidiu-se realizar a contratação por emergência para recuperação de todas as instalações da unidade. Cabe ressaltar que a assessoria jurídica do órgão alertou os servidores envolvidos para o fato de que a contratação emergencial somente poderia ser utilizada para resguardar a integridade e segurança de bens e pessoas. Diante da situação exposta, assinale a opção correta.

A) A Administração agiu corretamente, porque seria possível realizar toda a tarefa no prazo de 190 dias, portanto inferior a 240 dias.
B) A Administração agiu corretamente em razão de os equipamentos bélicos e pólvoras estarem expostos ao tempo e a recuperação do prédio da administração também ser importante, mesmo sua recuperação total estando prevista para ser feita no prazo de 190 dias.
C) A Administração não agiu corretamente, por não estar caracterizada a situação emergencial, e, por conseguinte, pela necessidade de realizar licitação para todas as unidades atingidas indiscriminadamente.
D) A Administração não agiu corretamente, porque a dispensa de licitação por emergência somente poderia ocorrer para a recuperação dos compartimentos em que estavam contidos

os equipamentos bélicos e pólvoras, por correrem risco de perecimento, devendo a recuperação do prédio da Administração ocorrer por licitação pública.

E) A Administração agiu corretamente porque, em que pese o prazo previsto para o término das obras ser de 190 dias, a lei prevê a possibilidade de prorrogação do prazo máximo para a contratação por emergência.

21. (Técnico Judiciário – TRT/Campinas – 2009) Sobre as modalidades de licitação, considere:

I. Modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

II. Modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

III. Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

IV. Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Os conceitos acima se referem, respectivamente, a:

A) concorrência, concurso, tomada de preços e leilão;
B) tomada de preços, concorrência, concurso e leilão;
C) leilão, tomada de preços, concorrência e concurso;
D) concurso, concorrência, leilão e tomada de preços;
E) tomada de preços, concorrência, leilão e concurso.

22. (Procurador do Estado/MA – 2003) No edital de uma licitação, na qual se admite a participação de empresas em consórcio, constavam, entre outras, as seguintes regras:

I. é vedado a uma empresa consorciada participar na presente licitação através de mais de um consórcio ou isoladamente;

II. os atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato, acarretarão responsabilidade solidária para todos os integrantes do consórcio;

III. fica admitido, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado.

Considerando-se o regime da Lei n. 8.666/93,

A) as três regras em questão são legais;
B) apenas as regras (i) e (ii) são legais;
C) apenas as regras (i) e (iii) são legais;
D) apenas as regras (ii) e (iii) são legais;
E) nenhuma das três regras em questão é legal.

23. (OAB/SP) Município realizou procedimento de pregão presencial para contratar fornecimento de bens comuns. Não tendo a licitante sagrada vencedora celebrado o contrato, pode o Município contratar a licitante classificada em segundo lugar?

A) Sim, desde que ela venha a ser devidamente habilitada.

B) Sim, desde que a segunda classificada concorde com o preço apresentado na proposta da licitante classificada em primeiro lugar.
C) Não, a não ser que se trate da modalidade de concorrência.
D) Sim, após reabrir prazo para apresentação de novos lances para todas as licitantes classificadas.

24. (Analista Judiciário – TRT/AL – 2008 – FCC) Prefeitura Municipal realizou licitação para a compra de cadeiras escolares e, vencido o prazo para apresentação das propostas, nenhum interessado atendeu ao chamamento. Nesse caso,

A) a aquisição do material objeto da licitação poderá ser feita diretamente se, justificadamente, não puder ser repetido o procedimento licitatório sem prejuízo para a Administração, devendo ser mantidas todas as condições da licitação frustrada;
B) a licitação será dispensada porque ficou caracterizada a urgência de atendimento de situação que pode ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas ou serviços;
C) a Administração deve repetir a licitação noventa dias depois, mantidas as condições do edital do certame fracassado;
D) a compra pode ser feita diretamente porque inexigível a licitação por inviabilidade de competição;
E) deve ser repetida a licitação com alteração do edital, de forma a que acorram outros interessados.

25. (OAB/SP) A locação de imóvel, para nele funcionar determinado serviço público, será uma modalidade de contratação que

A) depende de prévia licitação, em qualquer caso;
B) pode dispensar a licitação, nos casos previstos em lei;
C) não exige a licitação, nos casos previstos em lei;
D) prescinde de licitação em qualquer caso.

26. (Analista Judiciário – TRT/AM – FCC) No decorrer do procedimento licitatório pertinente à modalidade de concorrência, ao ser analisada a documentação apresentada pelos licitantes para ser aferida a capacidade jurídica, a capacidade técnica, a idoneidade econômico-financeira e a regularidade fiscal, compete à Comissão de Julgamento:

A) habilitar os licitantes que atenderem todas as exigências constantes no edital, ou inabilitar aqueles que deixaram de atender pelo menos parte do exigido;
B) desclassificar as propostas comerciais que não atenderem total ou parcialmente as exigências editalícias;
C) qualificar os licitantes para avaliação dos documentos após o julgamento das propostas comerciais;
D) desqualificar os licitantes que deixaram de atender pelo menos parte dos documentos exigidos, qualificando os demais;
E) submeter a documentação à decisão da autoridade superior, mediante manifestação fundamental.

27. (Analista Administrativo – TRT/AM – FCC) Observadas as demais condições legais, a licitação é dispensável nas seguintes hipóteses, sem a estas se limitar:

I. Aquisição de equipamentos que só possam ser fornecidos por vendedor exclusivo.
II. Restauração de obras de arte e objetos históricos.
III. Contratação de instituição brasileira dedicada à recuperação social do preso.
IV. Serviços técnicos especializados de publicidade.

Está correto o que se afirma APENAS em

A) I e II.
B) I e IV.
C) II e III.
D) II e IV.
E) III e IV.

28. (Técnico Judiciário – TRT/MT – FCC) Na modalidade de licitação denominada pregão, nos termos da Lei n. 10.520/2002, é:

A) vedada a exigência de garantia de proposta e o prazo de sua validade será de sessenta dias, se não houver disposição em contrário no edital;
B) cabível a exigência de aquisição de edital como condição para participação no certame e o prazo de validade da proposta será de sessenta dias, se não houver disposição em contrário no edital;
C) vedada a exigência de garantia de proposta e o prazo de sua validade será de trinta dias, se não houver disposição em contrário no edital;
D) cabível exigir garantia da proposta e o prazo de sua validade será de trinta dias, se não houver disposição em contrário no edital;
E) vedada a exigência de aquisição de edital como condição para participação no certame e o prazo de sua validade da proposta será de trinta dias, se não houver disposição em contrário no edital.

29. (OAB/SP) Em licitação, em que todos os licitantes têm suas propostas técnicas desclassificadas, o ente licitador

A) pode revogar a licitação, considerando-a deserta;
B) pode fixar prazo para que os proponentes reapresentem suas propostas escoimadas dos motivos que ensejaram a desclassificação;
C) não pode anular a licitação, ainda que os vícios das propostas sejam decorrentes de erros insertos no edital;
D) não pode permitir o conserto das propostas, sob pena de ferir o princípio do sigilo delas.

30. (Analista Judiciário – TRT/AL) Órgão Público da Administração Direta da União abriu licitação na modalidade pregão presencial para compra de medicamentos. Na sessão de julgamento, após os procedimentos de praxe, chega-se ao vencedor, cujo preço, entretanto, embora aceitável, está acima do estimado no procedimento. Nessa hipótese, o pregoeiro

A) deve encerrar a sessão e, depois de negociar e conseguir preço justo e adequado, mesmo que não tenha havido recurso, encaminhar o processo para a autoridade competente fazer a adjudicação;
B) deve fazer a adjudicação mesmo estando o preço acima do estimado, porque vedada a negociação;
C) deve declarar frustrado o pregão e encerrar o leilão sem adjudicar porque o preço está acima do estimado;
D) pode ignorar a proposta do primeiro classificado, porque superior ao preço de referência, e negociar com o segundo classificado;
E) pode negociar com o vencedor para melhorar o preço.

31. (Magistratura/RN) Para licitações internacionais é admissível

A) exclusivamente a modalidade concorrência;
B) além da modalidade concorrência, a tomada de preços, desde que o órgão licitante disponha de cadastro internacional de fornecedores, e o convite, desde que não haja fornecedor do bem ou serviço no País, respeitadas as faixas de valor legalmente previstas;
C) além da modalidade concorrência, apenas a tomada de preços, desde que se empregue o sistema de registro de preços, respeitadas as faixas de valor legalmente previstas;
D) além da modalidade concorrência, a tomada de preços, desde que se empregue o sistema de registro de preços, e o convite, desde que não haja fornecedor do bem ou serviço no País, respeitadas as faixas de valor legalmente previstas;
E) exclusivamente, a modalidade tomada de preços.

32. (Analista Judiciário – TRT/SP – 2008) Considere os conceitos abaixo, para os efeitos da Lei de Licitações:

I. Obras ou serviços feitos pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios.

II. Quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total.

Estes conceitos referem-se, respectivamente, à

A) empreitada integral e à empreitada por preço global;
B) empreitada por preço global e à tarefa;
C) execução indireta e à empreitada integral;
D) execução direta e à tarefa;
E) execução direta e à empreitada por preço global.

33. (OAB/SP) Após regular procedimento licitatório e celebrado o contrato, poderá ser alterado o objeto de contrato de prestação de serviços de limpeza, para serviço de vigilância, no caso de a contratada ser empresa especializada também em vigilância e o Poder Público alegar que o interesse público exige a alteração?

A) Sim, porque se trata de ato discricionário.
B) Sim, pelo poder da Administração de alteração unilateral dos contratos.
C) Não, porque se trata de serviço técnico especializado.
D) Não, pelo princípio da vinculação ao edital de licitação.

34. (Procurador do Município de Recife) Em uma licitação de obra, pelo critério de menor preço, foram apresentadas as seguintes propostas comerciais: Empresa A: R$ 60.000,00; Empresa B: R$ 57.500,00; Empresa C: R$ 55.000,00; Empresa D: R$ 41.000,00. Nessa licitação, o valor orçado pela Administração foi de R$ 85.000,00. Considerando-se apenas a fórmula de cálculo prevista na Lei n. 8.666/93,

A) nenhuma das empresas apresentou proposta manifestamente inexequível;
B) apenas a Empresa D apresentou proposta manifestamente inexequível;
C) apenas as Empresas D e C apresentaram propostas manifestamente inexequíveis;
D) apenas as Empresas D, C e B apresentaram propostas manifestamente inexequíveis;
E) todas as empresas apresentaram propostas manifestamente inexequíveis.

35. (Analista Judiciário – TRT/GO – 2008) Sobre dispensa e inexigibilidade de licitação, considere as hipóteses abaixo, previstas na Lei de Licitações:

I. Casos de guerra ou grave perturbação da ordem.

II. Quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.
III. Contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
Estas hipóteses correspondem, respectivamente, a casos de

A) inexigibilidade, dispensa e dispensa;
B) dispensa, inexigibilidade e dispensa;
C) dispensa, dispensa e dispensa;
D) inexigibilidade, inexigibilidade e dispensa;
E) dispensa, dispensa e inexigibilidade.

36. (Magistratura/RN) Em uma concorrência regida pela Lei n. 8.666/93, já ultrapassada a fase de habilitação e abertos os envelopes de proposta dos licitantes, vem ao conhecimento da comissão de licitação um fato superveniente, que levaria à inabilitação de um dos licitantes. Nessa situação,

A) a Administração deve anular o processo de licitação;
B) o licitante em questão pode ser desclassificado com base em tal fato, sem prejuízo para a validade do processo;
C) o licitante em questão não pode ser desclassificado com base em tal fato, devendo a Administração valer-se da tutela jurisdicional para eliminá-lo do certame;
D) o licitante em questão não pode ser desclassificado com base em tal fato, nem mesmo judicialmente, tendo operado a preclusão;
E) a Administração deve revogar o processo de licitação.

8

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

8.1 INTRODUÇÃO

No exercício da função administrativa, o Poder Público estabelece diversas relações jurídicas com particulares, além de criar vínculos especiais de colaboração intergovernamental. Sempre que tais **conexões subjetivas** tiverem **natureza contratual** e forem submetidas aos princípios e normas do **Direito Administrativo**, estaremos diante de **contratos administrativos**.

São **exemplos** de contrato administrativo: concessão de serviço público, parceria público-privada (PPP), contrato de gestão, termo de parceria e contrato de gerenciamento etc.

A prova do Ministério Público/AM 2007 considerou CORRETA a assertiva: "O contrato administrativo tem íntima relação com a democratização do Estado, pois, em um Estado autoritário, os bens e serviços podem ser requisitados compulsoriamente ou apropriados pelos governantes sem maiores formalidades".

8.2 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

O melhor ponto de partida para compreensão do contrato administrativo é iniciar pela análise dos diferentes conceitos apresentados pela doutrina.

Celso Antônio **Bandeira de Mello**: "contrato administrativo é um tipo de avença travada **entre a Administração e terceiros** na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a **cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratado privado**".[1]

A 22ª prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a assertiva: "Ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias à proteção do interesse público, desde que pode adotar as providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial".

Hely Lopes Meirelles: "é o ajuste que a Administração Pública, **agindo nessa qualidade**, firma com particulares ou outra entidade administrativa para a consecução de **objetivos de interesse público**, nas condições estabelecidas pela própria Administração".[2]

---

1 *Curso de direito administrativo*, p. 615.

2 *Direito administrativo brasileiro*, p. 205-206.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com **pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas**, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de **direito público**".[3]

A prova do Ministério Público/AM 2007 considerou INCORRETA a assertiva: "O contrato administrativo sujeita-se integralmente ao regime dos contratos privados".

José dos Santos **Carvalho Filho**: "ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, **regulado basicamente pelo direito público**, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público".[4]

A grande variedade de contratos administrativos e a diversidade nas características de cada espécie dificultam a elaboração de um conceito preciso do instituto. Sintetizando as conceituações apresentadas, é possível destacar elementos comuns, úteis para a formulação do nosso conceito:

a) é o ajuste estabelecido entre a Administração Pública: a presença da Administração em pelo menos um dos polos da relação jurídica é indispensável para caracterizar determinada avença como contrato administrativo;

b) agindo nessa qualidade: o contrato administrativo, em regra, pressupõe a presença da Administração Pública revestida de sua condição de superioridade sobre o particular. Em alguns casos, o contrato é firmado pelo ente público destituído de sua supremacia. Nessa hipótese, o ajuste não terá natureza de contrato administrativo. Exemplo: contrato de locação;

c) e terceiros: na maioria das vezes, o contrato administrativo é celebrado entre o ente público e pessoas privadas que não pertencem à estrutura estatal. É o que ocorre com as concessões de serviço público, termos de parceria, contratos de prestação de serviços etc.;

d) ou com outra entidade administrativa: há casos raros em que o contrato administrativo é firmado somente entre pessoas governamentais, visando a cooperação mútua e a persecução de objetivos comuns. É o caso dos consórcios administrativos estabelecidos entre entidades federativas;

e) submetido ao regime jurídico-administrativo: o critério fundamental para classificar determinado ajuste como contrato administrativo é a sua submissão aos princípios e normas do Direito Administrativo. Até pouco tempo atrás, era comum a doutrina utilizar o critério das partes, definindo contrato administrativo como aquele em que a Administração figura em pelo menos um dos **polos da relação jurídica**. Entretanto, diante da existência de contratos celebrados pela Administração, mas que não se caracterizam como

A prova da Magistratura/PA 2008 considerou INCORRETA a assertiva: "Sempre que estiver presente em um dos polos da avença a Administração Pública, estamos diante de um contrato administrativo, regulado pelo direito público".

---

3 *Direito administrativo,* p. 251.

4 *Manual de direito administrativo,* p. 169.

contratos administrativos, como é o caso do **contrato de locação**, **o critério das partes contratantes não é mais utilizado**. Atualmente, o critério mais apropriado para conceituação dos contratos administrativos é o **critério formal**, que define como administrativos os contratos **submetidos aos princípios e normas do Direito Administrativo**;

A prova da OAB Nacional 2008.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A presença da Administração Pública na relação contratual é suficiente para se qualificarem avenças no contrato administrativo".

A prova de Especialista em Políticas Públicas elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "Todos os contratos administrativos deverão ser firmados na forma de instrumento particular, sendo regidos pelas normas do Direito comum".

f) para a consecução de objetivos de interesse público: ao contrário dos contratos privados, celebrados visando objetivos de interesse dos particulares contratantes, os contratos administrativos têm como finalidade fundamental a consecução de objetivos relacionados com a proteção do interesse da coletividade, isto é, do **interesse público primário**.

8.3 NOSSO CONCEITO

Reunindo os elementos apresentados no item anterior, podemos conceituar contrato administrativo como **o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo para a consecução de objetivos de interesse público**.

8.4 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

O art. 22, XXVII, da Constituição Federal prescreve que **compete privativamente à União** criar normas gerais sobre **licitações e contratos administrativos**.

Como compete à União editar somente as normas gerais, as outras entidades federativas, entretanto, possuem competência legislativa para expedir regras específicas em matéria de licitações e contratos.

Assim, a conclusão **tecnicamente** mais correta é que **a competência para legislar** sobre licitações e contratos, na verdade, **é concorrente** entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios**.

A prova de Analista de Comércio Exterior elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Estados e Municípios podem editar normas específicas sobre contratação das administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais no âmbito de suas esferas de atuação".

8.5 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como visto nos itens anteriores, existem contratos celebrados pela Administração Pública que não são considerados contratos administrativos. Por isso, é conveniente diferenciar o gênero contratos da Administração, que são todos aqueles firmados pela Administração Pública, incluindo os regidos pelo direito privado, e a espécie contratos administrativos, considerados como tais somente os submetidos ao Direito Administrativo.

É importante destacar que os contratos privados celebrados pela Administração também sofrem alguma influência do direito público, especialmente quanto ao dever de prévia licitação para escolha do contratado.

8.6 PRÉVIA LICITAÇÃO

Em regra, a celebração do contrato administrativo exige prévia licitação, exceto nos casos de contratação direta previstos na legislação.

Nas hipóteses em que a realização do procedimento licitatório é obrigatória, os concursos têm considerado que o **contrato administrativo firmado sem observância de prévia licitação** possui **defeito no plano da existência**, sendo considerado **inexistente, inválido e ineficaz**.

A prova de Procurador Federal 2007, elaborada pelo Cespe, considerou CORRETA a assertiva: "A licitação é pressuposto que, uma vez ausente, macula a existência, a validade e a eficácia do contrato administrativo".

8.7 NORMAS APLICÁVEIS

No **Texto Constitucional**, há basicamente dois dispositivos aplicáveis à disciplina dos contratos administrativos:

a) art. 22, XXVII: "compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista";

b) art. 37, XXI: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Já no **plano infraconstitucional**, diversas leis disciplinam o instituto do contrato administrativo e suas várias espécies. Merecem especial destaque:

a) Lei n. 8.666/93: define as **normas gerais** sobre licitações e contratos válidos para todas as esferas federativas. Importante frisar que o art. 54 dessa lei submete os contratos administrativos à **aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e às disposições de direito privado**. As disposi-

A prova de Analista Judiciário do TRT/6ª Região elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "O contrato administrativo regido pela Lei n. 8.666/93 é regulado por preceitos de direito público, sendo-lhe vedada a aplicação de regras de direito privado, ainda que em caráter supletivo".

A prova do Ministério Público do TCU elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Não se aplicam disposições de direito privado aos contratos administrativos, os quais, além de cláusulas exorbitantes que os diferenciam dos contratos de direito comum, são regulados por legislação específica".

ções da Lei n. 8.666/93 são válidas para os **Três Poderes estatais**;

A prova do Ministério Público/AM 2007 considerou INCORRETA a assertiva: "A disciplina contratual estabelecida pela Lei de Licitações e contratos é aplicável à Administração Pública, portanto a expressão administração, sempre que referida de modo generalizado no mencionado diploma normativo, deve ser entendida como Poder Executivo".

b) Lei n. 8.883/94: promoveu alterações importantes no conteúdo da Lei n. 8.666/93;

c) Lei n. 8.987/95: disciplina as **concessões e permissões** de serviço público;

d) Lei n. 9.637/98: prevê a celebração de **contratos de gestão** entre o governo federal e as organizações sociais;

e) Lei n. 9.790/99: institui e disciplina o Termo de Parceria entre a União Federal e as organizações da sociedade civil de interesse público – as **Oscips**;

f) Lei n. 11.079/2004: institui normas gerais para licitação e contratação de **parceria público-privada** (PPP) no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

g) Lei n. 11.107/2005: regula a celebração de **consórcios públicos** entre as entidades federativas;

h) Lei n. 12.232/2010: dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade do governo.

8.8 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina apresenta diversas **características dos contratos administrativos** que os diferenciam dos contratos privados. As mais importantes são as **seguintes**:

A prova de Titular de Serviços Notariais/DF elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "São algumas das características essenciais dos contratos administrativos a não aplicabilidade plena do princípio *pacta sunt servanda*, a possibilidade de alteração unilateral de algumas de suas cláusulas mesmo contra a vontade de um dos contratantes, a aplicabilidade do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a possibilidade de aplicação de sanções unilateralmente e sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário".

a) submissão ao Direito Administrativo: ao contrário dos contratos privados, que são regidos pelo Direito Civil e pelo Empresarial, os contratos administrativos estão submetidos aos **princípios e normas de Direito Público**, especialmente do Direito Administrativo, sujeitando-se a regras jurídicas capazes de viabilizar a adequada defesa do interesse público. Importante destacar que as cláusulas contratuais que versam sobre a remuneração do contratado são regidas pelo Direito Privado, somente admitindo modificação com anuência do particular;

b) presença da Administração em pelo menos um dos polos: todo contrato administrativo pressupõe que a Administração Pública figure em, pelo menos, um dos polos relacionais. Assim, a **presença da Administração é condição necessária, mas não suficiente** para caracterizar um contrato como administrativo;

c) desigualdade entre as partes: no contrato administrativo, as partes envolvidas não estão em posição de igualdade. Isso porque o interesse público defendido pela Administração é juridicamente mais relevante do que o interesse privado do

contratado. Por isso, ao contrário da horizontalidade vigente nos contratos privados, os contratos administrativos caracterizam-se pela **verticalidade**, pois a Administração Pública ocupa uma **posição de superioridade** diante do particular, revelada pela presença de **cláusulas exorbitantes** que conferem poderes especiais à Administração contratante;

d) mutabilidade: diferentemente do que ocorre no direito privado, em que vigora o princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos tal como escritos (*pacta sunt servanda*), no Direito Administrativo a legislação autoriza que a Administração Pública promova a **modificação unilateral das cláusulas do contrato**, instabilizando a relação contratual diante de causas supervenientes de interesse público. Porém, os dispositivos contratuais que tratam da remuneração do particular nunca podem sofrer alteração unilateral, à medida que eventuais modificações em tais cláusulas pressupõem a **anuência do contratado**;

A prova de Agente Financeiro do Tesouro Nacional 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Constitui prerrogativa da Administração Pública frente a seus contratos modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos dos contratados".

A prova da OAB Nacional 2008.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "As cláusulas exorbitantes possibilitam à Administração Pública alterar unilateralmente o contrato administrativo, exceto no que se refere à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro".

e) existência de cláusulas exorbitantes: as cláusulas exorbitantes são disposições contratuais que definem **poderes especiais para a Administração** dentro do contrato, projetando-a para uma posição de superioridade em relação ao **contratado**. São exemplos de cláusulas exorbitantes: 1) possibilidade de revogação unilateral do contrato por razões de interesse público; 2) alteração unilateral do objeto do contrato; 3) aplicação de sanções contratuais;

A prova de Especialista em Políticas Públicas elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "Nos contratos administrativos, estão vedadas as chamadas cláusulas exorbitantes, que garantem prerrogativas excepcionais a uma das partes".

f) formalismo: o contrato administrativo **não tem forma livre**, devendo observar o cumprimento de requisitos intrínsecos e **extrínsecos**. Em regra, os **contratos administrativos** devem ter a forma escrita. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração. Entretanto, no caso de **pequenas compras de pronto pagamento feitas em regime de adiantamento**, a Lei n. 8.666/93 admite **contrato administrativo verbal** (art. 60, parágrafo único). São consideradas de pequeno valor as compras de até R$ 4.000,00 (quatro mil reais);

A prova de Analista de Comércio Exterior elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "São características do contrato administrativo: formalismo, comutatividade e bilateralidade".

g) bilateralidade: o contrato administrativo prevê obrigações para as duas partes;

h) comutatividade: normalmente existe uma equivalência entre as obrigações das partes contratantes;

i) confiança recíproca: o contrato administrativo é personalíssimo, celebrado ***intuitu personae***, isso porque o preenchimento de determinadas exigências subjetivas e objetivas foi decisivo para determinar a escolha do contratado. Por tal razão, a **subcontratação** total ou parcial não prevista no edital de licitação e no contrato, a decretação de falência ou insolvência civil do contratado, a dissolução da sociedade e o falecimento do contratado são causas que autorizam a **rescisão contratual** (art. 78 da Lei n. 8.666/93). Porém, **o caráter personalíssimo** do contrato administrativo **não é absoluto** à medida que o art. 64, § 2º, da Lei n. 8.666/93 autoriza a Administração a substituir o licitante vencedor quando ele, convocado, não assinar o termo de contrato, não aceitar o instrumento equivalente ou não retirar esse instrumento no prazo e condições estabelecidos. Observamos que o substituto, também classificado no processo licitatório, deve sujeitar seu preço ao do vencedor.

A prova de Especialista em Políticas Públicas elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "O contratado poderá subcontratar parte do serviço ou fornecimento, conforme previsto e explicitado no ato convocatório e no contrato".

A prova da OAB Nacional 2008.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A modificação da finalidade da empresa contratada pela administração para prestação de serviços implica automática rescisão do contrato administrativo".

8.9 DIFERENÇAS EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS PRIVADOS

Os contratos administrativos possuem um regime jurídico bastante diferente daquele aplicável aos contratos privados. A doutrina destaca especialmente os seguintes elementos de distinção:

a) aplicação dos princípios e normas do Direito Público;

b) desigualdade entre as partes;

c) mutabilidade;

d) defesa do interesse público.

Assim, as principais diferenças entre contratos administrativos e contratos privados podem ser resumidas no quadro abaixo:

Quadro comparativo entre contratos privados e contratos administrativos

Contratos privados	Contratos administrativos
Aplicação do Direito Privado	Aplicação do Direito Público
Normas gerais previstas no Código Civil	Normas gerais previstas na Lei n. 8.666/93
Exemplos: compra e venda simples e comodato	Exemplos: concessão de serviço público, consórcio público, parceria público-privada
Igualdade entre as partes (horizontalidade)	Administração ocupa posição de superioridade contratual (verticalidade)
Cláusulas imutáveis (*pacta sunt servanda*)	Mutabilidade unilateral das cláusulas por vontade da Administração
Defesa de interesses privados	Defesa do interesse público

Segundo **Hely Lopes** Meirelles,[5] além das diferenças apontadas anteriormente, existem peculiaridades quanto à interpretação dos contratos administrativos. São elas:

a) interpretação favorável ao interesse público primário: cabendo mais de uma interpretação sobre determinado dispositivo contratual, deve ser adotada a solução mais favorável aos interesses da coletividade (interesse público primário), o que, necessariamente, não significa dever de optar pela melhor interpretação conforme o interesse patrimonial da Administração contratante (interesse público secundário);

b) vinculação da Administração ao interesse público: o contrato administrativo é firmado visando algum objetivo de interesse da coletividade. Qualquer cláusula que contrarie o interesse público deve ser considerada como não escrita;

c) presunção de legitimidade: as cláusulas do contrato administrativo são dotadas de **presunção relativa** de legitimidade, considerando-se, até prova em contrário, praticadas em conformidade com o Direito;

A 22ª prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a assertiva: "O poder de alteração unilateral dos contratos administrativos está regrado em lei, e é cabível quando houver modificação do projeto ou das especificações para melhorar adequação técnica de seus objetivos, ou quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto".

d) alterabilidade: as disposições do contrato administrativo podem ser modificadas unilateralmente pela Administração Pública, devido a motivo superveniente de **interesse público**;

e) excepcionalidade dos contratos de atribuição: no Direito Administrativo, **predominam contratos de colaboração**, que são aqueles firmados no interesse da Administração. Os contratos de atribuição constituem exceções, pois neles prepondera o interesse particular;

f) interpretação restritiva das vantagens conferidas ao particular: os dispositivos contratuais que consagram benefícios, vantagens e direitos ao contratado devem ser objeto de interpretação literal e restritiva.

8.10 SUJEITOS DO CONTRATO

O art. 6º, XIV e XV, da Lei n. 8.666/93 define **contratante** como o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual e **contratado** como a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública. Assim, em regra, os contratos administrativos são bilaterais, isto é, celebrados entre a Administração contratante e o particular contratado.

Entretanto, nos denominados **contratos administrativos plurilaterais**, não há presença de particulares, já que as partes pactuantes são **diversas entidades federativas** firmando compromisso para defesa de **interesses comuns e não conflitantes**. É o caso do contrato de consórcio público e dos convênios de cooperação entre os entes federados, firmados para gestão associada de serviços públicos, bem

[5] *Direito administrativo brasileiro*, p. 212-213.

como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241 da CF).

8.11 CONTRATOS EM ESPÉCIE

A legislação brasileira contempla diversas espécies de contratos administrativos. Os mais importantes tipos de contrato são:

a) contrato de obra pública;
b) contrato de fornecimento;
c) contrato de prestação de serviço;
d) concessão de serviço público;
e) permissão de serviço público;
f) concessão de serviço público precedida de obra;
g) concessão de uso de bem público;
h) contrato de gerenciamento;
i) contrato de gestão;
j) termo de parceria;
k) parceria público-privada;
l) consórcio público;
m) contrato de convênio;
n) contrato de credenciamento.

8.11.1 Contrato de obra pública

É o ajuste por meio do qual a Administração seleciona uma empresa privada com a finalidade de realizar a **construção, reforma** ou **ampliação de imóvel** destinado ao público ou ao serviço público.

Segundo Hely Lopes Meirelles,[6] as obras públicas podem ser de quatro tipos:

a) equipamento urbano: ruas, praças, estádios;

b) equipamento administrativo: aparelhos para o serviço da Administração Pública em geral;

c) empreendimentos de utilidade pública: ferrovias, rodovias;

d) edifício público: repartições, cadeias etc.

Bastante importante é a distinção entre obra e serviço. Entre outras consequências da diferenciação, está o fato de que obras públicas podem ser remuneradas pela cobrança de contribuição de melhoria junto aos contribuintes, ao passo que a prestação de serviço público enseja a arrecadação de taxa. Na obra, existe um predomínio do resultado final sobre a atividade, enquanto no serviço prepondera a atividade sobre o resultado final. Assim, por exemplo, para a construção de uma ponte, é

6 *Direito administrativo brasileiro*, p. 244.

realizada a tarefa de construir, mas o resultado final, isto é, a ponte construída, predomina sobre o processo de construção.

Os contratos de obra podem ter basicamente dois **regimes de execução**:

a) regime de empreitada: a Administração atribui a execução da obra por conta e risco do contratado, mediante remuneração previamente ajustada. O pagamento pode ser realizado por preço global ou preço unitário;

A prova de Agente Fiscal da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "O contrato administrativo que tem por objeto a obtenção de mão de obra para pequenos trabalhos, mediante pagamento por preço certo, com ou sem fornecimento de material, denomina-se tarefa".

b) regime de tarefa: consistente na execução de obras de pequeno porte com pagamento periódico, após verificação do fiscal do órgão contratante. Em geral, o tarefeiro não fornece os materiais, somente a mão de obra e os **instrumentos de trabalho**.

8.11.2 Contrato de fornecimento

É o contrato administrativo por meio do qual a Administração **adquire coisas móveis** para utilização nas repartições públicas ou estabelecimentos públicos. Exemplo: contrato de fornecimento de gêneros alimentícios para escolas da rede pública.

O contrato pode ser de **três tipos**:

a) fornecimento integral: em que a entrega é realizada de uma só vez;

b) fornecimento parcelado: a entrega fracionada obedece a uma programação prévia. O fornecimento é encerrado somente após a entrega final da quantidade contratada;

c) fornecimento contínuo: a entrega é sucessiva e se estende no tempo.

8.11.3 Contrato de prestação de serviço

É todo aquele que tem por objeto a prestação de uma **atividade** destinada a obter determinada **utilidade de interesse para a Administração Pública** ou para a coletividade, predominando o *fazer* sobre o resultado final.

Exemplos: coleta de lixo, demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (art. 6º, II, da Lei n. 8.666/93).

Segundo Hely Lopes Meirelles, os serviços contratados podem ser de **diversos tipos**:[7]

a) serviços comuns: são aqueles realizáveis por qualquer pessoa. Exemplo: limpeza. A contratação dessa espécie de serviço sempre exige licitação;

b) serviços técnicos profissionais generalizados: exigem **alguma habilitação** específica, mas não demandam maiores conhecimentos. Exemplo: serviços de engenharia. A celebração do contrato também pressupõe procedimento licitatório;

---

7 *Direito administrativo brasileiro*, p. 247-248.

c) serviços técnicos profissionais especializados: exigem **conhecimento mais apurado** do que nos serviços comuns. Exemplo: elaboração de pareceres. A contratação desses serviços pode caracterizar hipótese de inexigibilidade se o contratado tiver notória especialização;

d) trabalhos artísticos: são atividades profissionais relacionadas com escultura, pintura e música. Contratação de serviços artísticos, em regra, depende de prévia **licitação** na modalidade **concurso**, exceto se as circunstâncias recomendarem a escolha de artista renomado e consagrado pela crítica especializada ou pelo público em geral, caso em que haverá contratação direta por inexigibilidade de licitação.

8.11.4 Contrato de concessão

O nome "concessão" é utilizado pela legislação brasileira para designar **diversas espécies de contratos ampliativos** nos quais a Administração Pública delega **ao particular** a prestação de **serviço público**, a execução de **obra pública** ou o uso de **bem público**.

Todas as modalidades de contrato de concessão são **bilaterais, comutativos, remunerados** e ***intuitu personae***.

> ATENÇÃO: A **concessão de jazida** prevista no art. 176 da Constituição Federal, na verdade, **não é contrato**, mas ato unilateral do Presidente da República: "Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra".

8.11.4.1 Concessão de serviço público

A concessão de serviço público é **o mais importante contrato administrativo** brasileiro, sendo utilizado sempre que o Poder Público opte por promover a **prestação indireta de serviço público** mediante **delegação a particulares**. Exemplos de serviços sob concessão: transporte aéreo de passageiros, radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão), concessão de rodovias etc.

A prova da OAB Nacional 2009.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Considera-se concessão de serviço público a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".

A **base constitucional** do instituto é o **art. 175 da Constituição Federal**, segundo o qual: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado".

O referido dispositivo autoriza concluir que ocorre prestação direta quando for realizada pessoalmente pelo próprio Estado (Administração direta), enquanto será indireta a prestação quando estiver a cargo de concessionários e permissionários. A delegação da prestação a concessionários e permissionários, por expressa determinação constitucional, depende da realização de procedimento licitatório. No caso da **concessão, a licitação deve ser processada na modalidade concorrência pública**, ao passo que na permissão pode ser utilizada qualquer modalidade licitatória.

8.11.4.1.1 Base legislativa

O art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal prevê a promulgação de lei disciplinando o regime jurídico das concessões e permissões. Atualmente, o tema é tratado pela **Lei federal n. 8.987/95** – Lei das Concessões de Serviço Público.

As concessões, permissões e autorizações de **rádio e televisão, entretanto, não se sujeitam à Lei n. 8.987/95** (art. 41: O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens).

8.11.4.1.2 Natureza jurídica (controvérsia)

Existem **diversas teorias** sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público.

É possível agrupar as várias concepções em três classes diferentes:

a) teorias unilaterais: alguns autores entendem que a concessão de serviço público é um ato unilateral. Para outros, seria composta por dois atos unilaterais distintos, um de império e outro referente aos dispositivos sobre remuneração do contratado, revestido de natureza particular e regido pelo direito privado;

b) teorias bilaterais: de acordo com os defensores desta concepção, a concessão possui natureza contratual pressupondo a conjugação de vontades entre a Administração e o particular concessionário. Entre os bilateralistas, há quem defenda tratar-se a concessão de: **b1) contrato de direito privado; b2) contrato de direito público** (visão majoritária), dotado de regime jurídico derrogatório das regras contratuais do direito privado; **b3) contrato de direito público e privado:** combinando regras publicísticas com normas aplicáveis aos contratos privados;

c) teoria mista: considera a concessão de serviço público um complexo de relações jurídicas distintas e heterogêneas ligadas em torno da delegação da execução de serviço público a particulares. É a posição sustentada por Celso Antônio **Bandeira de Mello**, para quem a concessão seria uma relação jurídica complexa composta por um ato regulamentar, um ato-condição (aceitação do particular em participar do vínculo contratual) e um contrato envolvendo as cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro.[8]

Em que pese a controvérsia doutrinária quanto à natureza jurídica do instituto, a **Constituição Federal** (art. 175, parágrafo único, inciso I) e a **Lei n. 8.987/95** (art. 23)

[8] *Curso de direito administrativo*, p. 706.

claramente consideram a concessão de serviço público como um **contrato administrativo bilateral**.

8.11.4.1.3 Conceito legislativo

A Lei Geral das Concessões de Serviço Público – Lei n. 8.987/95, em seu art. 2º, II, conceitua a concessão de serviço público como **a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "É característica básica do contrato de concessão de serviço público a exploração do serviço por conta e risco da concessionária".

Por sua precisa redação, a conceituação legislativa de concessão constitui importante ponto de partida para elaboração do nosso conceito dessa espécie de contrato administrativo.

8.11.4.1.4 Nosso conceito

Reunindo as características jurídicas fundamentais do instituto, podemos conceituar concessão de serviço público como o **contrato administrativo** pelo qual o Estado (poder concedente) **transfere à pessoa jurídica privada** (concessionária) a **prestação de serviço público**, mediante o **pagamento de tarifa** diretamente do usuário ao prestador.

A adequada compreensão do conceito elaborado depende da análise separada de cada um de seus elementos componentes:

a) contrato administrativo: a concessão de serviço público tem natureza jurídica de contrato administrativo bilateral, **obrigatoriamente escrito**, dependendo, para sua formação, da combinação de vontades entre a Administração Pública, denominada dentro da concessão de "poder concedente", e a pessoa privada, chamada de "concessionária";

A prova da OAB Nacional 2009.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A concessão de serviço público que não for precedida da execução de obra pública poderá ser formalizada mediante acordo verbal".

b) transfere à pessoa jurídica privada: a legislação brasileira determina que o *status* de concessionária não pode ser atribuído a pessoa física, mas tão somente a **pessoa jurídica** ou a **consórcio de empresas**. Entretanto, existem casos raríssimos em que empresas públicas e sociedades de economia mista vencem o procedimento licitatório e passam a atuar como concessionárias de serviço público. É o caso da Sabesp, sociedade de economia mista pertencente ao Estado de São Paulo, mas que atua como concessionária de abastecimento de água em alguns Estados do Nordeste brasileiro;

c) prestação de serviço público: a concessão promove **delegação somente da execução do serviço público**, sem nunca transferir a titularidade do serviço. Assim, o poder concedente delega a prestação e também mantém a titularidade sobre o serviço público delegado;

d) mediante o pagamento de tarifa: o que diferencia a concessão de serviço público dos demais contratos administrativos é o fato de que **o concessionário é remunerado diretamente pelo usuário**, por meio do pagamento de tarifa. Ao contrário, nos demais contratos administrativos, o contratado é remunerado pelo Estado, não pelos beneficiários da prestação.

8.11.4.1.5 Características da concessão de serviço público

Além das características apontadas na análise do conceito de concessão de serviço público, outras peculiaridades devem ser mencionadas:

a) exige prévia concorrência pública: o art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95 determina que a outorga da concessão de serviço público depende da realização de licitação na modalidade concorrência pública. Importante destacar que o edital pode prever a **inversão da ordem das fases de habilitação e de julgamento das propostas**, adotando-se procedimento similar ao utilizado para a modalidade pregão (art. 18-A da Lei n. 8.987/95);

b) o concessionário assume a prestação do serviço público por sua conta e risco: todos os danos decorrentes da prestação do serviço público concedido são de **responsabilidade do concessionário**. Em conformidade com o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotado em agosto de 2009 no julgamento do RE 591.874/MS, tanto os **prejuízos causados a usuários** quanto aqueles que atingem **terceiros não usuários** devem ser **indenizados objetivamente**, isto é, sem que a vítima tenha necessidade de demonstrar culpa ou dolo do prestador. Além de objetiva, a responsabilidade do concessionário **é direta**, tendo em vista que não pode ser acionado diretamente o Estado para ressarcir danos decorrentes da prestação de serviços públicos em concessão. **A responsabilidade do Estado**, quando o serviço público é prestado por concessionários, **é subsidiária**, já que só responde pelo pagamento da indenização se o concessionário, depois de acionado pela vítima, não tiver patrimônio suficiente para ressarcimento integral dos danos causados;

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "Nas concessões de serviço público o concessionário presta o serviço em nome próprio, mas a titularidade do serviço permanece em poder da Administração Pública".

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "A responsabilidade civil do concessionário de serviço público é objetiva".

c) exige lei específica: somente o legislador pode decidir a forma como deve ser realizada a prestação do serviço público: se diretamente pelo Estado, por outorga a pessoas governamentais ou, indiretamente, mediante delegação a **concessionários**. Assim, é necessária a promulgação de lei específica para que o serviço público possa ser prestado mediante concessão;

A prova de Titular de Cartório/SP considerou CORRETA a assertiva: "O serviço público delegado a particulares por concessão é aquele que decorre da lei ou do contrato, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo".

d) prazo determinado: o contrato de concessão de serviço público deverá obrigatoriamente ser celebrado com previsão de termo final, sendo inadmissível sua celebração por prazo indeterminado;

e) admite arbitragem: recente alteração na Lei de Concessões passou a admitir expressamente o uso de arbitragem e outros mecanismos privados de solução de conflitos (art. 23-A da Lei n. 8.987/95);

f) prevê a cobrança de tarifa: o concessionário é remunerado basicamente pela arrecadação de tarifa junto aos usuários do serviço público. A **tarifa não tem natureza de tributo**, mas de preço público exigido como contraprestação contratual pela utilização do **serviço**. Importante destacar que, para atender ao princípio da modicidade das tarifas, a legislação prevê diversas **fontes alternativas** de remuneração do concessionário, como a exploração de pontos comerciais ao lado de rodovia, a cobrança pela divulgação de propagandas durante intervalos na programação em **emissoras de rádio e televisão**. Importante destacar que o **menor valor de tarifa** é **um dos critérios** para determinar o vencedor da licitação que antecede a concorrência (art. 15, I, da Lei n. 8.987/95).

Entendendo que a tarifa, ao contrário da taxa, não tem natureza de tributo, a prova de Procurador da República considerou INCORRETA a assertiva: "A remuneração das concessionárias pelo serviço prestado se dá por meio de tarifa, que tem natureza jurídica de taxa".

A prova do Ministério Público/DF considerou INCORRETA a assertiva: "A concessionária ou permissionária de serviços públicos é remunerada pelas tarifas cobradas de seus usuários, sendo vedada a possibilidade de outras fontes de renda provenientes de receitas alternativas, como, por exemplo, a exploração das faixas de domínio das rodovias submetidas a essa modalidade de contrato administrativo".

8.11.4.1.6 Direitos e obrigações dos usuários

O art. 7º da Lei n. 8.987/95 define como **direitos do usuário** de serviço público:

a) receber serviço adequado;

b) obter informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

c) obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;

d) ter à disposição, no mínimo, seis datas opcionais no mês para escolher o dia de vencimento dos seus débitos.

O mesmo dispositivo legal enumera as seguintes **obrigações do usuário**:

a) levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento, referentes ao serviço prestado;

b) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

c) contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos pelos quais lhe são prestados os serviços.

8.11.4.1.7 Encargos do poder concedente

Na prestação descentralizada por meio da concessão de serviço público, são **deveres do poder concedente** (art. 29 da Lei n. 8.987/95):

a) regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente sua execução;

b) aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

c) intervir na prestação do serviço, nos casos e nas condições previstos em lei;

d) extinguir a concessão, nos casos previstos em lei e na forma prevista no contrato;

e) homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma da lei, das normas pertinentes e do contrato;

f) cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

g) zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

h) declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

i) declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

j) estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;

k) incentivar a competitividade; e

l) estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

8.11.4.1.8 Encargos da concessionária

De acordo com o art. 31 da Lei n. 8.987/95, são **deveres da concessionária**:

a) prestar serviço adequado, na forma prevista em lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

b) manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

c) prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

d) cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

e) permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

f) promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

g) zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e

h) captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Relevante destacar, ainda, que "as contratações, inclusive de mão de obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente" (art. 31, parágrafo único, da Lei n. 8.987/95).

8.11.4.1.9 Intervenção

Visando **assegurar a adequada prestação do serviço** público, bem como o fiel cumprimento da lei e das normas contratuais, o poder concedente poderá **decretar intervenção na concessionária**, assumindo temporariamente a gestão da empresa até a **normalização da prestação** (art. 32 da Lei n. 8.987/95).

A 84ª prova do Ministério Público/SP considerou CORRETA a assertiva: "A Administração pode determinar a intervenção na execução do contrato quando há iminência ou paralisação efetiva do serviço que cause, ou possa causar, prejuízo para o serviço público".

O ato de intervenção é realizado por meio de **decreto** com a designação do interventor, o prazo, os objetivos e os limites da medida.

A prova da Magistratura/DF considerou CORRETA a assertiva: "Em tema de concessões de serviços públicos, na sistemática da Lei n. 8.987/95, é certo afirmar que a intervenção se fará mediante decreto do poder concedente".

Após a decretação da intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar processo administrativo para apuração das responsabilidades pela prestação inadequada do serviço, garantida a ampla defesa.

Encerrada a intervenção, e desde que não seja extinta a concessão, a concessionária reassume a gestão do serviço público, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

8.11.4.1.10 Formas de extinção da concessão

O art. 35 da Lei n. 8.987/95 enumera seis formas de extinção do contrato de concessão. São elas:

a) advento do termo contratual: é extinção do contrato após o **encerramento do seu prazo** de vigência. Trata-se de extinção de pleno direito (*ipso iuri*), que ocorre automaticamente sem necessidade de ser declarada por ato do poder concedente;

A prova da OAB Nacional 2009.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Conforme dispõe a lei geral de concessões, a encampação consiste na retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização".

b) encampação ou resgate: é a retomada do serviço público, mediante **lei autorizadora** e **prévia indenização**, motivada por **razões de interesse público** justificadoras da **extinção contratual**. Na encampação, não existe descumprimento de dever contratual ou culpa por parte do concessionário, razão pela qual é incabível a aplicação de **sanções ao contratado**. Exemplo histórico de encampação ocorreu com a extinção das concessões de transporte público outorgadas a empresas de bonde após

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Sobre a concessão de serviço público, é correto afirmar que pode ser extinta por encampação ou resgate, por motivo de interesse público, sempre mediante indenização e desde que haja autorização em lei específica".

A prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "Ao serviço público concedido que pode ser retomado pelo poder concedente, mesmo durante o prazo de concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizadora específica e pagamento prévio da indenização apurada, dá-se o nome de encampação".

tal meio de **transporte** ter se tornado obsoleto no Brasil.

Bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência é a questão sobre quais valores devem ser cobertos pela indenização em caso de encampação do contrato de concessão. Predomina o entendimento de que é devida **a indenização dos danos emergentes** oriundos da extinção contratual, **mas não a dos lucros cessantes**. O ressarcimento de lucros cessantes representaria um enriquecimento sem causa, tendo em vista a interrupção na execução do contrato, pois o concessionário seria indenizado por uma prestação não realizada;

c) caducidade: consiste na modalidade de extinção da concessão devido à **inexecução total ou parcial do contrato** ou pelo descumprimento de obrigações a cargo da concessionária.

O art. 38 da Lei n. 8.987/95 descreve como motivos ensejadores da declaração de caducidade:

"I – o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II – a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III – a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV – a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V – a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI – a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII – a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais".

Ao contrário do que ocorre com o advento do termo contratual, a caducidade não extingue o contrato de pleno direito, devendo, ao contrário, ser declarada pelo poder concedente após a devida apuração da inadimplência em processo administrativo com garantia de ampla defesa.

Para que possa haver instauração do processo administrativo de inadimplência, a concessionária deve ser previamente comunicada sobre a eventual irregularidade, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas ou transgressões apontadas.

Constatada no processo a ocorrência da irregularidade, **a caducidade poderá ser declarada por decreto**, independentemente do pagamento de indenização ao concessionário. A legislação prevê a possibilidade de reversão, ao poder concedente,

de bens do concessionário indispensáveis para garantir a continuidade do serviço público. Nesse caso, a declaração de caducidade não afasta o dever de o poder concedente indenizar os bens revertidos, na forma como dispuser o contrato, descontando-se o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária em razão do descumprimento contratual (art. 38, § 5º, da Lei n. 8.987/95).

A declaração de caducidade não gera, para o poder concedente, qualquer espécie de responsabilidade em relação a encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária;

d) rescisão por culpa do poder concedente: no caso de descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente, o concessionário poderá intentar **ação judicial** para promover a rescisão contratual. Nesta hipótese, o concessionário **faz jus à indenização** dos danos emergentes decorrentes da extinção contratual, mas não à dos lucros cessantes. Até o trânsito em julgado da ação judicial de rescisão, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser **interrompidos ou paralisados**;

A prova do Ministério Público/DF considerou CORRETA a assertiva: "O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária no caso de descumprimento de norma contratual pelo poder concedente, mediante ação judicial movida especialmente para essa finalidade, hipótese em que os serviços não poderão ser interrompidos ou paralisados até o trânsito em julgado da decisão".

e) anulação: é a extinção motivada por ilegalidade ou defeito no contrato. Desde que observados contraditório e ampla defesa, a anulação pode ser decretada de ofício pelo poder concedente ou por meio de ação judicial. Em princípio, **não há indenização** devida ao concessionário na hipótese de anulação, exceto quanto à parte já executada do contrato. É o que determina o art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93: "A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa";

f) falência ou extinção da empresa: o art. 35, VI, da Lei n. 8.987/95 prevê como motivo para a extinção da concessão a "falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual". Realmente, como os contratos administrativos têm natureza personalíssima, o desaparecimento do contratado induz à extinção do vínculo contratual.

Quando a extinção da concessão ocorrer por caducidade, falência ou extinção da empresa, além das sanções administrativas previstas na Lei n. 8.666/93, poderão ser determinadas as seguintes medidas:

1) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e no local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

2) ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 da Lei n. 8.666/93;

3) execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

4) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

8.11.4.1.11 Subconcessão

Desde que autorizada no contrato e prevista no edital licitatório, **admite-se a subconcessão**, instrumento por meio do qual parte da prestação do serviço é terceirizada a outro concessionário. A medida exige expressa **autorização do poder concedente** (art. 26 da Lei n. 8.987/95). Para evitar violação da exigência constitucional, deve-se considerar **obrigatória a realização de licitação** na modalidade **concorrência** para selecionar o beneficiário da subconcessão.

Nos termos do art. 26, § 2º, da Lei n. 8.987/95, "o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão".

8.11.4.1.12 Serviços públicos passíveis de concessão

Importante destacar que nem todos os serviços públicos admitem delegação de sua prestação a terceiros mediante contrato de concessão. Assim, são **insuscetíveis de concessão** a terceiros:

a) os serviços públicos não privativos do Estado: como é o caso dos serviços de **saúde e educação**, cuja prestação é constitucionalmente facultada aos particulares mediante simples autorização do Estado;

b) os serviços públicos *uti universi*: os serviços públicos gerais ou indivisíveis (*uti universi*) são prestados pelo Estado sem o oferecimento de vantagens fruíveis individualmente pelo usuário. Ao contrário, são prestações que criam benefícios difusos e diluídos por toda a coletividade. É o caso, por exemplo, da **coleta de lixo** e da **varrição de ruas**. Os serviços *uti universi* são insuscetíveis de concessão por conta da impossibilidade de cobrar tarifa dos usuários. Como a prestação não cria benefício particularizado, torna-se impossível aferir o valor apropriado a ser exigido a título de remuneração do prestador, devendo as **despesas gerais** da prestação ser **custeadas pela cobrança de impostos**. Interessante observar que os serviços indivisíveis podem ser prestados em nome do Estado por empresas privadas terceirizadas, mas o regime não é de concessão, e sim de **prestação direta pelo Estado por meio do contratado**. Nessa hipótese, **a responsabilidade** por eventuais danos causados a particulares **é do Estado**, cabendo-lhe propor posterior ação regressiva contra o causador do dano.

8.11.4.1.13 Reversão de bens

A extinção do contrato de concessão não pode interromper a prestação do serviço público, sob pena de violação do **princípio da continuidade** (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95). Por isso, a legislação prevê a reversão ao poder concedente, com o término do contrato, dos bens pertencentes ao concessionário que forem indispensáveis

para garantir a não interrupção do serviço. É o caso, por exemplo, das cabines de pedágio construídas pelo concessionário e que, ao final da concessão, passam a ser propriedade do poder concedente.

A reversão **deve ser prevista no edital licitatório** e **no contrato de concessão**, incorporando-se assim às despesas previstas para o concessionário na execução do serviço. Por isso, o custo da reversão normalmente é amortizado no valor da tarifa cobrada do usuário, não havendo necessidade de posterior ressarcimento pelo **poder concedente**.

Em nome da supremacia do interesse público, é possível, entretanto, determinar a reversão de bens do concessionário mesmo **sem previsão no contrato**, desde que a medida seja absolutamente indispensável para garantir a continuidade na prestação do serviço. Por óbvio, a reversão realizada sem previsão contratual está condicionada ao pagamento de **prévia e integral indenização**, desde que o investimento nos bens não tenha sido amortizado pelas **tarifas**.

A prova da Magistratura/PA 2008 considerou INCORRETA a assertiva: "Reversão é a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo de concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica, e após prévio pagamento de indenização, nos termos da lei".

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Ao cabo de um contrato de concessão, os bens afetados à prestação do serviço serão revertidos ao ente público concedente, em função do princípio da continuidade do serviço público. Essa reversão ao patrimônio público implica indenização à concessionária desde que os investimentos nesses bens não tenham sido amortizados pelas tarifas".

8.11.5 Permissão de serviço público

A concessão de serviço público não é o único instrumento hábil a promover a delegação da prestação de serviços públicos a particulares. É o que se extrai na norma contida no art. 175 da Constituição Federal: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente ou sob regime de concessão ou permissão**, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Segundo a doutrina, a permissão de serviço público é o **ato administrativo unilateral, discricionário, *intuitu personae* e precário** que realiza, mediante **prévia licitação**, a delegação temporária da prestação do serviço público.

A prova da OAB Nacional 2009.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A permissão de serviço público ocorre mediante título precário e sem licitação".

Entretanto, em que pese toda a doutrina considerar a permissão um ato unilateral, a **legislação brasileira** trata da permissão como um **contrato de adesão**. É o que se depreende da leitura do art. 40 da Lei n. 8.987/95: "A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente".

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, "o Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros".[9]

---

9 *Curso de direito administrativo*, p. 759.

Sobre as **hipóteses** mais frequentes **de utilização da permissão**, o citado mestre esclarece: "Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-lo quando: a) o permissionário **não necessitasse alocar grandes capitais** para o desempenho do serviço, b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado, ou, ainda, c) quando o serviço **não envolvesse** implantação física de **aparelhamento que adere ao solo**, ou, finalmente, d) quando os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela **extrema rentabilidade do serviço**, seja pelo **curtíssimo prazo** em que se realizaria a **satisfação econômica** almejada".[10]

E completa o famoso administrativista: "A precariedade significa, afinal, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, sem obrigação de indenizar o permissionário".[11]

Como se nota, a **comparação entre** os institutos da **concessão** e da **permissão** de serviço público é uma preocupação permanente da doutrina. As diferenças mais notáveis são:

a) quanto à natureza jurídica: a concessão é contrato bilateral; a permissão é unilateral;

b) quanto aos beneficiários: a concessão só beneficia pessoas jurídicas; a permissão pode favorecer pessoas físicas ou jurídicas;

c) quanto ao capital: a concessão pressupõe maior aporte de capital; a permissão exige menor investimento;

d) quanto à constituição de direitos: a concessão constitui o concessionário em direitos contra o poder concedente; a permissão não produz esse efeito;

e) quanto à extinção unilateral: sendo extinta antecipadamente, a concessão enseja direito à indenização para o concessionário; a permissão, devido ao caráter precário, autoriza o Poder Público a extinguir unilateralmente o vínculo, sem ocasionar ao permissionário direito à indenização;

f) quanto à licitação: a concessão depende de licitação na modalidade concorrência pública; a permissão pode ser outorgada mediante licitação em qualquer modalidade;

g) quanto à forma de outorga: a concessão de serviço público se dá por meio de lei específica; a permissão depende de simples autorização legislativa.

8.11.6 Concessão precedida de obra pública

O art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95 conceitua o contrato de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública como "a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer **obras de interesse**

---

10 *Curso de direito administrativo*, p. 759.

11 *Curso de direito administrativo*, p. 760.

público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de **concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o **investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado**".

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Após realização de estudos econômico-financeiros, em que se verificou que a construção de uma estrada poderia ser totalmente custeada pelas tarifas dos futuros usuários, eis que seu valor não atingiria R$ 20 milhões, o Estado decidiu abrir licitação para contratação de concessão de serviço público precedida de obra pública".

A prova do Ministério Público/DF considerou INCORRETA a assertiva: "A exploração de estradas federais por meio de concessão é obrigatoriamente precedida de execução de obra pública".

Trata-se, na verdade, de uma concessão comum, mas com a peculiaridade de que, antes do início da prestação do serviço, o **concessionário constrói uma obra pública** cujo uso será por ele explorado economicamente. A **cobrança pela utilização da obra** construída é a principal **fonte de remuneração** do concessionário, nessa modalidade de contrato. É o caso, por exemplo, do concessionário que realiza a construção de uma ponte para, em seguida, cobrar, como forma de amortização do investimento, pedágio dos usuários que a **utilizarem**.

8.11.7 Concessão de uso de bem público

Concessão de uso de bem público é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público outorga ao particular, mediante **prévia licitação**, a **utilização privativa** de um bem público, por **prazo determinado**, de forma **remunerada ou não**, no **interesse predominantemente público**.

Difere da permissão e da autorização pelo fato de essas formas de outorga de uso de bens públicos serem atos unilaterais, ao contrário da concessão, que tem natureza de contrato.

8.11.8 Contrato de gerenciamento

O contrato de gerenciamento é aquele em que o Poder Público contratante **transfere** ao particular gerenciador **a condução de um empreendimento, reservando para si a competência decisória final**. O contratante permanece responsável pelos encargos financeiros da execução das obras e serviços projetados, com os respectivos equipamentos para sua implantação e operação.[12]

O gerenciador exerce em **nome próprio** uma **atividade técnica especializada** (por exemplo, construindo uma obra), mas sempre sujeito ao controle de resultados feito pelo governo.

Ao contrário dos contratos comuns de obra pública e prestação de serviços, no gerenciamento o contratado detém uma **acentuada autonomia executória** para

[12] Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 254.

desenvolvimento da tarefa contratada, permanecendo o contratante com a competência para aprovação das propostas apresentadas e dos trabalhos realizados.

8.11.9 Contrato de gestão

A prova da Magistratura/PA 2008 considerou CORRETA a assertiva: "Contrato de gestão é aquele pactuado entre o Poder Público e determinada entidade estatal, fixando-se um plano de metas para esta, ao mesmo tempo em que aquele se compromete a assegurar maior autonomia e liberdade gerencial, orçamentária e financeira ao contratado na consecução de seus objetivos".

A prova de Procurador do Estado/SP 2005 considerou CORRETA a assertiva: "O contrato de gestão objetiva assegurar autonomia gerencial, financeira e orçamentária a órgãos e entidades da Administração Pública".

Contrato de gestão é a terminologia genérica utilizada pela doutrina para designar qualquer **acordo operacional** firmado entre a Administração central e **organizações sociais** ou **agências executivas**, para **fixar metas de desempenho**, permitindo melhor **controle de resultados**.

O contrato de gestão é um instituto introduzido no direito brasileiro pela **Emenda Constitucional n. 19/98** como um dos instrumentos de parceria da Administração característicos do modelo de **administração gerencial**.

Em relação ao contrato de gestão celebrado entre a União e as organizações sociais, o art. 5º da Lei n. 9.637/98 afirma que a parceria é estabelecida para **fomento e execução** de atividades relativas às áreas do ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Nos termos do art. 7º da referida lei, o contrato de gestão discriminará as **atribuições, responsabilidades** e obrigações do Poder Público e da organização social, e **conterá** especialmente:

I – **especificação do programa de trabalho** proposto pela organização social, a **estipulação das metas** a serem atingidas e os respectivos **prazos de execução**, bem como previsão expressa dos **critérios objetivos de avaliação** de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II – a estipulação dos **limites e critérios para despesa com remuneração** e vantagens de qualquer natureza a serem **percebidas pelos dirigentes e empregados** das organizações sociais, no exercício de suas funções.

8.11.10 Termo de parceria

A prova de Procurador do Estado/SP 2005 considerou CORRETA a assertiva: "Termo de parceria é o instrumento firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público".

É o instrumento firmado entre o **Poder Público** e as organizações da sociedade civil de interesse público – **Oscips**, caracterizado como um **vínculo de cooperação, fomento** e **execução de atividades de interesse público** (art. 9º da Lei n. 9.790/99).

Bastante similar ao contrato de gestão celebrado com as organizações sociais, o termo de parceria também constitui um instituto ligado à lógica da **administração gerencial** e do **controle de resultados** introduzida pela Reforma Administrativa decorrente da Emenda n. 19/98.

De acordo com o art. 10 da Lei n. 9.790/99, o termo de parceria deve discriminar **direitos, responsabilidades e obrigações** das partes signatárias, tendo como **cláusulas essenciais**:

I – a definição do objeto contratual, mediante a **especificação do programa de trabalho** proposto pela Oscip;

II – a estipulação das **metas** e dos **resultados** a serem atingidos e os respectivos **prazos de execução**;

III – a previsão expressa dos **critérios objetivos de avaliação de desempenho** utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV – a previsão de **receitas** e **despesas** a serem realizadas, estipulando as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal, pagos com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, aos seus diretores, empregados e consultores;

V – o estabelecimento das **obrigações da Oscip**, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados;

VI – a publicação, na imprensa oficial, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, contendo os dados principais da documentação obrigatória, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

8.11.11 Parceria público-privada (PPP)

Criadas pela Lei n. 11.079/2004, as parcerias público-privadas (PPPs) são um instrumento contratual concebido para **incentivar o investimento privado no setor público**, por meio da **repartição objetiva dos riscos** entre o Estado (parceiro público) e o investidor particular (parceiro privado).

Trata-se de um tipo peculiar de **contrato de concessão**, bastante criticado pela doutrina por transformar o Estado em garantidor do retorno do investimento privado aplicado na parceria, tornando-se atrativo por reduzir demasiadamente, para o contratado, os "riscos do negócio".

Curioso observar que as PPPs representam uma **quarta fase na evolução histórica** das formas de prestação de serviços públicos:

1ª Fase (ausência do Estado na prestação): num primeiro momento, até o início do século XX, e sob a vigência do chamado Estado Liberal ou Estado-Polícia, o Poder Público não prestava serviços públicos à coletividade, já que a missão fundamental atribuída ao Estado consistia na simples fiscalização da atuação dos particulares.

2ª Fase (prestação direta): com o advento das chamadas Constituições Sociais, especialmente a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, surgiu o denominado Estado Social ou Estado Providência, encarregado da prestação direta de inúmeros serviços públicos.

3ª Fase (prestação indireta via concessão e permissão): já na metade do século XX, ocorreu a conhecida "Crise do Estado Social", desencadeada, entre outras razões, pela má qualidade dos serviços prestados pelos organismos estatais. Foi então, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que a prestação de serviços públicos deixou de ser realizada diretamente pelo Estado e passou a ser delegada a empresas privadas por meio de instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos.

4ª Fase (prestação com distribuição de riscos): o alto custo da prestação e o risco elevado que envolve a condição de concessionário de serviço público, associados ao desenvolvimento do capitalismo financeiro e à escassez de recursos públicos, forçaram o Estado moderno a criar novas fórmulas para tornar mais atrativa a prestação de serviços públicos para o investidor privado. As PPPs nasceram nesse contexto de falta de recursos públicos, ineficiência na gestão governamental e necessidade de distribuição de riscos para atrair parceiros privados.

8.11.11.1 Abrangência da Lei n. 11.079/2004

A Lei n. 11.079/2004 é a Lei Geral das Parcerias Público-Privadas e, nos termos de seu art. 1º, parágrafo único, é aplicável a todos os órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Trata-se, portanto, de **lei nacional** aplicável a todas as esferas federativas.

Importante destacar também que as Leis n. **8.666/93** (licitações) e n. **8.987/95** (concessões e permissões) **aplicam-se subsidiariamente** na disciplina das PPPs.

8.11.11.2 Conceito e características

José dos Santos **Carvalho Filho** conceitua a parceria público-privada como o "acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o **objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos**, com **eventual execução de obras ou fornecimento de bens**, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e ganhos entre os pactuantes".[13]

Enfatizando os elementos conceituais mais exigidos em provas e concursos públicos, podemos conceituar parcerias público-privadas como **contratos administrativos de concessão**, nas modalidades **administrativa ou patrocinada**, com duração entre cinco e trinta e cinco anos, mediante prévia concorrência, com valor do objeto superior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), caracterizados por um **compartilhamento de riscos** entre o Estado (parceiro público) e pessoa jurídica privada (parceiro privado), sendo pactuada a criação de uma **sociedade de propósito específico** para administrar a parceria.

---

13 *Manual de direito administrativo,* p. 406.

Os conceitos anteriormente apresentados permitem identificar algumas **características fundamentais** das PPPs:

1) são tipos especiais de concessão: as PPPs são uma espécie de contrato de concessão na medida em que o Estado outorga ao parceiro privado a execução de uma tarefa pública. Por essa razão, como já dito, a Lei das Concessões – 8.987/95 – aplica-se subsidiariamente a tais parcerias;

2) por prazo determinado: como toda concessão, a PPP obrigatoriamente está submetida a um prazo determinado para sua vigência. Nos termos dos arts. 2º e 5º da Lei n. 11.079/2004, a duração do contrato deve ser superior a cinco anos e inferior a trinta e cinco anos;

3) objeto com valor superior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais): é o que determina o art. 2º, § 4º, I, da Lei das PPPs;

4) mediante prévia concorrência: a celebração da parceria exige a realização de licitação, sendo obrigatória a utilização da modalidade concorrência pública (art. 10 da Lei n. 11.079/2004). Importante destacar que, na concorrência pública instaurada para selecionar o parceiro privado, **o julgamento das propostas poderá anteceder a habilitação**, invertendo-se as fases naturais do procedimento, além da previsão de oferecimento de **lances em viva-voz** (arts. 12 e 13), características estas similares ao rito existente no pregão;

5) compartilhamento de riscos: nas PPPs, o parceiro público divide os riscos do empreendimento com o parceiro privado;

6) nas modalidades administrativa ou patrocinada: a lei prevê dois tipos de PPPs. Na concessão administrativa, a Administração Pública é a principal usuária do serviço prestado pelo parceiro privado. Normalmente, a concessão administrativa é utilizada quando o serviço prestado pelo parceiro privado é "uti universi", impedindo cobrança de tarifa do particular. Já a concessão patrocinada caracteriza-se pelo pagamento de um complemento remuneratório, do parceiro público ao privado, adicional ao valor da tarifa paga pelo **usuário**. A concessão patrocinada é utilizada para delegação de serviços públicos "uti singuli", sendo cabível quando o empreendimento não seja financeiramente autossustentável ou como instrumento de redução das tarifas. As concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, § 3º, da Lei n. 11.079/2004);

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "A efetivação das parcerias público-privadas, em que haja prestação de serviço público diretamente aos usuários, e que o prestador dos serviços recebe sua contraprestação pecuniária do usuário e também da Administração Pública contratante é chamada de concessão patrocinada".

A prova da Magistratura/PA 2008 considerou INCORRETA a assertiva: "A concessão especial denominada de parceria público-privada subdivide-se em duas categorias: concessões patrocinadas e concessões administrativas. No que tange à primeira, é facultada à Administração Pública a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; no entanto, os ganhos econômicos efetivos do parceiro privado serão compartilhados com o parceiro público".

7) sendo pactuada a criação de uma sociedade de propósito específico: outra

importante peculiaridade presente no regime jurídico das PPPs é a criação de uma pessoa jurídica privada, legalmente denominada "sociedade de propósito específico" encarregada de **implantar e gerir o objeto da parceria**.

> ATENÇÃO: O art. 11, III, da Lei n. 11.079/2004 **autoriza o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas**, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao **contrato**.

8.11.11.3 Diretrizes legais

A Lei n. 11.079/2004 define **sete diretrizes** de observância obrigatória na celebração de PPPs (art. 4º):

a) eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

b) respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

c) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

d) responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

e) transparência dos procedimentos e das decisões;

f) repartição objetiva de riscos entre as partes;

g) sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

8.11.11.4 Vedações à celebração de PPPs

O art. 2º, § 4º, da Lei n. 11.079/2004 prevê **três vedações** à celebração de contratos de parceria público-privada:

a) contrato **inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)**;

b) período de prestação do serviço **inferior a cinco anos**;

c) **fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos** e a **execução de obra pública**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Um contrato a ser celebrado entre o Poder Público e o privado não poderá ser considerado parceria público-privada se o seu objeto for exclusivamente execução de obras".

8.11.11.5 Garantias

Nos termos do art. 8º da Lei das PPPs, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: a) vinculação de receitas; b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; d) garantia prestada

por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; f) outros mecanismos admitidos em lei.

> ATENÇÃO: A previsão de **vinculação de receitas de impostos** (art. 8º, I, da Lei n. 11.079/2004) como forma de garantia das obrigações assumidas pela Administração Pública nas PPPs **é inconstitucional** por violar a norma do art. 167, IV, da Constituição Federal ("São vedados: IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º").

Convém destacar que o citado art. 8º da Lei n. 11.079/2004, ao definir os instrumentos de garantia contratual nas PPPs, é inconstitucional na medida em que a disciplina da concessão de garantias por entidades públicas está sob reserva de lei complementar (art. 163, III, da CF).

8.11.11.6 Modalidades

Existem **duas modalidades** de parcerias público-privadas previstas na legislação:

a) concessão patrocinada: é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, **contraprestação pecuniária** paga pelo parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, § 1º, da Lei das PPPs). Essa contraprestação pecuniária complementar ao valor da tarifa é denominada **subsídio**, **prêmio** ou **patrocínio** e viabiliza mais rapidamente a amortização dos investimentos feitos pelo parceiro privado no caso de empreendimentos de alto custo;

b) concessão administrativa: é o contrato de prestação de serviços de que a administração seja usuária direta ou indireta (art. 2º, § 2º, da Lei n. 11.079/2004).

8.11.11.7 Sociedade de propósito específico (art. 9º)

A **implantação** e o **gerenciamento** da parceria público-privada ficam a cargo de sociedade de propósito específico, que poderá assumir a forma de **companhia aberta**, tendo valores mobiliários passíveis de negociação no mercado.

A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato (art. 9º, § 1º).

A legislação **proíbe que a Administração Pública detenha a maioria do capital** votante da sociedade de propósito específico. É que, se a maioria do capital votante for público, a sociedade de propósito específico irá se incorporar à estrutura da Administração Pública indireta, tornando-se sociedade de economia mista, incorporação esta que o legislador desejou evitar.

8.11.12 Consórcio público

A prova da Magistratura/TO considerou INCORRETA a assertiva: "Os consórcios são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes".

Tradicionalmente, a doutrina nacional sempre definiu consórcio público como o contrato administrativo firmado entre **entidades federativas do mesmo tipo** (Municípios com Municípios, Estados-membros com Estados-membros), para realização de **objetivos de interesse comum**. Exemplo: Consórcio Intermunicipal do Grande ABC (formado por Municípios da Região do ABC Paulista). Nesse ponto, os consórcios públicos difeririam dos **convênios**, à medida que estes também são contratos administrativos de mútua cooperação, mas **entre entidades federativas desiguais**. Exemplo: convênio de ICMS celebrado entre a União e os Estados-membros.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A Lei n. 11.107, de 6-4-2005, regulamentando o art. 241 da Constituição Federal, disciplinou a gestão associada de atividades entre os entes federados mediante transferência total ou parcial de encargos, pessoal e bens essenciais à continuidade de serviços públicos. O instituto disciplinado por essa lei chama-se consórcio público".

Entretanto, com a promulgação da **Lei n. 11.107/2005**, que "dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum" (art. 1º), foi criada **outra espécie de contrato de consórcio público**. Na referida lei, os consórcios públicos podem ser celebrados **entre quaisquer entidades federativas**, do mesmo tipo ou não.

Deve-se, portanto, concluir pela existência de dois tipos de contratos de consórcio público no Brasil:

a) consórcios públicos convencionais: celebrados entre entidades federativas do mesmo tipo;

b) consórcios públicos regidos pela Lei n. 11.107/2005: firmados entre quaisquer entidades federativas.

8.11.12.1 Consórcios públicos da Lei n. 11.107/2005

A **base constitucional** para a celebração de consórcios públicos é o **art. 241** da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda n. 19/98: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos** e os **convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a **gestão associada de serviços públicos**, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".

Assim, a Lei n. 11.107/2005 foi promulgada com a finalidade de regulamentar o art. 241 da Constituição Federal, viabilizando a celebração de consórcios públicos entre quaisquer entidades federativas.

Sendo aplicável a todas as esferas federativas, a **Lei n. 11.107/2005** tem natureza jurídica de **lei nacional**.

No entanto, a **grande novidade** dos consórcios públicos regidos pela Lei n. 11.107/2005 é que, agora, a celebração do contrato resulta na **instituição de uma nova pessoa jurídica**, com personalidade distinta da personalidade das entidades consorciadas.

A lei prescreve que o consórcio público poderá adquirir personalidade jurídica: **a) de direito público:** no caso de constituir **associação pública**, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; **b) de direito privado:** mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil (art. 6º).

Como se vê, as entidades consorciadas têm liberdade para escolher qual natureza jurídica será dada à nova pessoa jurídica: se de direito público, caso em que será denominada associação pública; ou de direito privado, sendo regida pela legislação civil.

Optando pela criação de pessoa de direito público, a **associação pública passa a integrar a Administração indireta de todas as entidades consorciadas** (art. 6º, § 1º).

Se o consórcio tiver personalidade jurídica de **direito privado**, estará adstrito às normas de direito público no que concerne à realização de **licitação**, celebração de **contratos, prestação de contas** e **admissão de pessoal**, que será regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 6º, § 2º).

Nota-se, portanto, que os consórcios públicos com personalidade de direito privado somente podem contratar pessoal no regime de emprego público. Nas **associações públicas**, ao contrário, deve predominar a contratação no **regime estatutário**, regime de cargo público.

> ATENÇÃO: A União só poderá participar de consórcios públicos dos quais também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

8.11.12.1.1 Conceito e atribuições

É possível conceituar consórcio público, nos termos da Lei n. 11.107/2005, como o **contrato administrativo multilateral**, firmado **entre entidades federativas**, para persecução de **objetivos comuns**, que resulta na **criação de uma nova pessoa jurídica** de direito público, caso em que recebe o nome de associação pública ou de direito privado.

Ao adquirir personalidade jurídica autônoma, **o consórcio público poderá**:

a) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, **receber auxílios**, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

b) promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público;

c) ser contratado pela Administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação;

d) emitir documentos de cobrança e **exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos** pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado;

e) outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

8.11.12.1.2 Procedimento para celebração do consórcio

A celebração do contrato de consórcio pressupõe, inicialmente, a elaboração de um **protocolo de intenções** a ser subscrito pelos interessados.

O protocolo de intenções terá as seguintes **cláusulas obrigatórias** (art. 4º):

"a) a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;

b) a identificação dos entes da Federação consorciados;

c) a indicação da área de atuação do consórcio;

d) a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

e) os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;

f) as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

g) a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

h) a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;

i) o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

j) as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

k) a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: 1) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; 2) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; 3) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; 4) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados; 5) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

l) o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público".

O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial. Após isso, o contrato de consórcio será celebrado com a **ratificação do protocolo de intenções**, por meio de **lei específica** aprovada no âmbito de cada entidade consorciada. A ratificação fica dispensada para o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

A lei admite que a ratificação seja realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

Por fim, cabe destacar que ratificação realizada após dois anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

> IMPORTANTE: **O art. 10** da Lei n. 11.107/2005 **foi vetado** pelo Presidente da República. A regra nele contida prescrevia que "os consorciados respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio". O texto da **Mensagem de Veto n. 193/2005** esclarece: "A intenção do legislador, aparentemente, era dizer que os consorciados respondem subsidiariamente; contudo, constou que os consorciados respondem solidariamente. Na responsabilidade subsidiária, a Administração direta somente responde por obrigações quando comprovada a insolvência patrimonial do ente que integra a Administração indireta. **Com o veto, o regime a ser aplicado aos consórcios públicos será o da responsabilidade subsidiária, que é o ordinário da Administração indireta**".

8.11.12.1.3 Regras especiais sobre licitações

A Lei n. 11.107/2005 estabeleceu várias regras especiais sobre licitações envolvendo consórcios públicos, tais como:

a) limites maiores para as faixas de valor das modalidades licitatórias: os limites definidores do cabimento da concorrência, da tomada de preços e do convite devem ser aplicados em dobro para consórcios formados por até três entes da Federação, e em triplo quando formado por maior número (art. 23, § 8º, da Lei n. 8.666/93);

b) dispensa de licitação para contratação de consórcios públicos: é dispensável a licitação "na celebração de **contrato de programa** com ente da Federação ou com entidade de sua Administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação" (art. 24, XXVI, da Lei n. 8.666/93);

A prova de Procurador do Estado/SP 2005 considerou CORRETA a assertiva: "O contrato de programa pode ser firmado entre entes da Federação com o objetivo de permitir a gestão associada de serviços públicos".

c) aplicação do dobro do percentual para contratação direta sem licitação: na contratação de seus fornecedores, os consórcios públicos possuem o dobro do limite aplicável às demais entidades para autorizar a dispensa de licitação (art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93).

8.11.13 Contrato de convênio

A prova da Procuradoria do Município de São Paulo considerou CORRETA a assertiva: "Entende-se por convênio administrativo o ajuste firmado entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, para a realização de objetivos de interesse comum".

Convênio é o **acordo administrativo multilateral** firmado entre **entidades públicas** de qualquer espécie, ou entre estas e **organizações particulares**,[14] visando a **cooperação** recíproca para alcançar **objetivos de interesse comum** a todos os conveniados.

Segundo doutrina majoritária, a celebração de convênios sempre depende de **prévia autorização legislativa.** Mas o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a obrigatoriedade dessa autorização legal por violar a independência dos Poderes.[15]

Os convênios diferem dos consórcios, essencialmente, quanto a dois pontos:

a) convênios podem ser celebrados entre quaisquer entidades públicas, ou entre estas e organizações particulares; consórcios são firmados somente entre entidades federativas;

b) convênios não resultam na criação de novas pessoas jurídicas; os consórcios da Lei n. 11.107/2005 têm como característica fundamental a instituição de uma pessoa jurídica autônoma.

8.11.14 Contrato de credenciamento

Credenciamento é o contrato administrativo pelo qual o **Poder Público habilita qualquer interessado** em realizar determinada atividade, sem necessidade de estabelecer competição. Normalmente, o credenciamento é utilizado para casos em que todos os interessados podem ser contratados diante da conveniência em **disponibilizar a maior quantidade possível** de prestadores da atividade credenciada. Exemplos: credenciamento de hospitais para o Sistema Único de Saúde – SUS; credenciamento de clínicas para realizar exame médico de habilitação em motoristas.

Como o credenciamento não envolve competitividade entre os interessados, na celebração do contrato **não se realiza procedimento licitatório**.

8.11.15 Contrato de trabalhos artísticos

É o contrato celebrado pelo Poder Público visando a realização de obra de arte. Em regra, tal contratação exige prévio **procedimento licitatório** na modalidade **concurso** (art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93). Excepcionalmente, se o profissional do setor artístico for **consagrado pela crítica especializada** ou **pela opinião pública**, admite-se a contratação direta por **inexigibilidade de licitação** (art. 25, III, da Lei n. 8.666/93).

---

14 Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo*, p. 383.

15 Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo*, p. 384.

8.11.16 Contrato de empréstimo público

Empréstimo público é o contrato por meio do qual a Administração Pública obtém recursos junto a instituições financeiras privadas para atender situações de emergência ou de peculiar interesse público.

8.11.17 Contrato de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda (Lei n. 12.232/2010)

A recém-publicada Lei n. 12.232, de 29-4-2010, estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º).

Nos termos do art. 2º da lei, "considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral".

A licitação será sempre julgada com base nos critérios de **melhor técnica** ou **técnica e preço**.

Trata-se, na verdade, de um contrato comum de prestação de serviços com peculiaridades no procedimento licitatório que antecede a contratação, como a **inversão das fases naturais** do certame, de modo que o julgamento das propostas antecede a fase de habilitação (art. 5º e 6º) e, especialmente, no que se refere à nova figura da **multiadjudicação**, que consiste na possibilidade de o objeto da licitação ser adjudicado a mais de uma empresa licitante.

Após a multiadjudicação, será promovido um **novo processo seletivo**, com regras fixadas pelo órgão público ou entidade contratante, somente entre as agências adjudicatárias, tendo a finalidade de selecionar quem irá celebrar o contrato. É uma outra competição após a licitação.

8.12 FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como **regra geral**, os contratos administrativos devem ter a **forma escrita**. "É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração" (art. 60, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93).

A prova de Advogado da CEB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Verificando-se vício de formalização do contrato, a Administração deverá promover sua anulação, independentemente de ação judicial".

Porém, o referido dispositivo admite importante exceção a tal regra, autorizando a celebração de **contrato verbal** para **pequenas compras de pronto pagamento** feitas em regime de adiantamento. Consideram-se "pequenas compras" aquelas de **até R$ 4.000,00** (quatro mil reais).

A prova de Analista Financeiro da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A publicação resumida do contrato e dos seus aditivos na imprensa oficial é condição indispensável para a sua eficácia".

Constitui requisito indispensável para a produção de efeitos publicação resumida do contrato e de seus **aditivos na imprensa oficial**.

Nos termos do art. 62 da Lei n. 8.666/93, o instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, **nota de empenho** de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

A prova de Analista Financeiro da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A lei faculta à Administração Pública substituir o instrumento de contrato por outro, como, por exemplo, a Nota de Empenho, para valores situados abaixo dos limites de Tomada de Preços e Concorrência".

8.13 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Uma das características fundamentais dos contratos administrativos é a presença das chamadas cláusulas exorbitantes. São regras que conferem **poderes contratuais especiais**, projetando a Administração Pública para uma **posição de superioridade** diante do **particular contratado**. São prerrogativas **decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado** e, por isso, **são aplicáveis ainda que não escritas** no instrumento contratual.

A prova de Fiscal do ICMS/SP elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Consideram-se cláusulas exorbitantes em um contrato administrativo as que disponham, nos termos da lei, sobre prerrogativas especiais da Administração, não extensíveis à outra parte contratante".

A 22ª prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a assertiva: "A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, inadmissíveis nas relações contratuais particulares, significa minimização dos interesses do representante da iniciativa privada no objeto de sua pretensão contratual com a Administração Pública".

Importante esclarecer que o qualificativo "exorbitantes" não tem qualquer sentido pejorativo, ou que denote **abusividade**. Ao contrário, as cláusulas recebem tal denominação porque são dispositivos incomuns, atípicos, anormais para a lógica igualitária dos contratos de **Direito Privado**. Por isso, se previstas nos contratos privados celebrados pela Administração, serão nulas.

A prova de Procurador do Bacen elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "As ditas 'cláusulas exorbitantes' de um contrato administrativo são aquelas que estabelecem prerrogativas à Administração Pública, como parte contratante, não previstas, em regra, nos contratos regidos pelo Direito Privado".

Como as cláusulas exorbitantes **têm previsão legal** (Lei n. 8.666/93), não podem ser consideradas **abusivas**.

A existência das cláusulas exorbitantes relaciona-se, também, com o fato de os contratos administrativos assemelharem-se a **contratos de adesão** (Maria Sylvia Zanella Di Pietro), tendo regras fixadas unilateralmente pela Administração Pública e aceitas pelo particular contratado.

As cláusulas exorbitantes **mais importantes** previstas na Lei n. 8.666/93 são as seguintes:

1) exigência de garantia;

2) alteração unilateral do objeto;

3) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;

4) inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido;

5) rescisão unilateral;

6) **fiscalização**;

7) aplicação de **penalidades**;

8) ocupação provisória.

A prova de Agente Financeiro do Tesouro Nacional/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Constitui prerrogativa da Administração Pública frente a seus contratos fiscalizar-lhes a execução".

A prova de Agente Financeiro do Tesouro Nacional/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Constitui prerrogativa da Administração Pública frente a seus contratos aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste".

8.13.1 Exigência de garantia

A autoridade administrativa pode exigir do contratado, desde que previsto no instrumento convocatório, o oferecimento de garantia. Constitui **direito do contratado** optar entre as seguintes modalidades de garantia:

a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública (TDPs). Sobre os TDPs, para serem utilizados como garantia contratual, devem ter sido "emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda" (art. 56, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93);

b) seguro-garantia;

c) fiança bancária.

8.13.2 Alteração unilateral do objeto

A lei autoriza que a Administração realize modificação unilateral no objeto do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público. A alteração pode consistir na modificação do projeto ou em acréscimo e diminuição na quantidade do objeto. Desse modo, as alterações unilaterais **podem ser modificações qualitativas ou quantitativas**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A Administração pode alterar, de forma unilateral, os contratos que celebrar. No entanto, no que se refere à alteração quantitativa, a lei estabelece, como limite para os acréscimos e supressões nas obras, serviços ou compras, o percentual de 50% em relação ao valor original do contrato".

A modificação quantitativa deve observar os limites de **até 25%**, para obras, serviços ou compras, e **até 50%**, no caso de reforma em edifício ou **equipamento**.

A alteração unilateral do contrato exige mudança na remuneração do contratado, ensejando direito ao **reequilíbrio econômico-financeiro**.

A prova de Advogado da CEB elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Poderá a Administração modificar unilateral e ilimitadamente o contrato administrativo".

8.13.3 Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Qualquer circunstância especial capaz de alterar a margem de lucro do contratado autoriza uma modificação na remuneração a ele devida. Esse dever de manutenção de equilíbrio na relação custo-remuneração também constitui cláusula exorbitante típica do contrato administrativo.

8.13.4 Inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido

Nos contratos privados comutativos, aplica-se a chamada exceção do contrato não cumprido, que autoriza uma das partes a interromper a execução do contrato se a outra parte não cumprir o que lhe cabe.

A 84ª prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a assertiva: "Se a Administração não pagar a parcela vencida em determinado mês, após trinta dias da data, está o contratado autorizado a paralisar o serviço contratado, alegando em seu favor a exceção do contrato não cumprido".

Nos contratos administrativos, ao contrário, a *exceptio non adimpleti contractus* somente pode ser invocada pelo contratado, com o fim de suspender a execução contratual, **após noventa dias de inadimplemento** por parte da Administração, e desde que ausente justa causa.

É o que se depreende da leitura do art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93: "Constituem motivo para rescisão do contrato: XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela **suspensão do cumprimento de suas obrigações** até que seja normalizada a **situação**".

A prova de Advogado da CEB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Na hipótese de se verificar atraso nos pagamentos devidos pela Administração, somente se esse superar o prazo de noventa dias, poderá o contratado optar pela suspensão da execução do contrato ou pela sua rescisão".

Portanto, a *exceptio* **não é aplicável integralmente** nos contratos administrativos, mas somente após noventa dias do inadimplemento.

8.13.5 Rescisão unilateral

O art. 58, II, da Lei n. 8.666/93 define como prerrogativa especial da Administração rescindir unilateralmente os contratos administrativos. Trata-se de outra importante cláusula exorbitante, ausente nos contratos de direito privado.

As hipóteses mais relevantes dessa rescisão estão enumeradas no art. 78 da Lei n. 8.666/93:

a) *por inadimplemento do contratado*: caso em que a rescisão é promovida sem indenização;

b) *devido ao desaparecimento do objeto, à insolvência ou à falência do contratado:* hipótese de rescisão também sem indenização;

c) *por razões de interesse público*: tais razões de interesse público autorizam a rescisão do contrato desde que sejam "de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato" (art. 78, XII). Nesse caso, o contratado faz jus à indenização porque o contrato é rescindido sem qualquer **inadimplemento do particular**;

d) *caso fortuito ou força maior*: desde que a circunstância esteja devidamente comprovada (art. 78, XVII), garantindo-se **indenização ao contratado**.

8.13.6 Fiscalização

A execução dos contratos deve ser amplamente acompanhada e fiscalizada **por representante da Administração**, permitida a **contratação de terceiros** para essa **finalidade específica** (art. 67).

8.13.7 Aplicação de penalidades

O art. 87 da Lei n. 8.666/93 prevê a aplicação de sanções administrativas ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato, garantindo-se a prévia defesa. As penalidades cabíveis são as seguintes:

a) advertência;

b) **multa**;

c) suspensão temporária do direito de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não **superior a dois anos**;

d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

A aplicação de penalidades contratuais constitui cláusula exorbitante porque as referidas **sanções** são aplicadas pela própria **Administração**.

A prova de Advogado da CEB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "De acordo com a legislação pertinente, há situações em que os contratos administrativos podem ser rescindidos unilateralmente, mesmo que o contratado esteja cumprindo fielmente suas obrigações".

A prova de Titular de Serviços Notariais/DF elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O caso fortuito e a força maior são eventos imprevisíveis e insuperáveis, que alteram radicalmente as condições do contrato, geralmente impedindo-lhe a continuidade da execução; não obstante, pode haver situações em que o caso fortuito ou a força maior deva acarretar simplesmente a prorrogação do prazo contratual, depois de removidas as causas da impossibilidade de prosseguimento da execução contratual".

A prova da Magistratura/MG 2005 considerou INCORRETA a assertiva: "A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração Pública, especialmente designado, vedada a contratação de terceiros para assisti-lo ou subsidiá-lo".

A 84ª prova do Ministério Público/SP considerou CORRETA a assertiva: "Na hipótese de inexecução do contrato administrativo a responsabilidade administrativa é sempre pessoal e, por essa razão, a execução da sanção imposta é sempre personalíssima".

A 84ª prova do Ministério Público/SP considerou CORRETA a assertiva: "Na hipótese de inexecução do contrato administrativo, a suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar é aplicada se o contratado prejudicar a execução do contrato dolosamente".

A prova da OAB Nacional 2009.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Em decorrência das chamadas cláusulas exorbitantes, a Administração Pública pode aplicar ao contratado sanções de natureza administrativa, na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato".

▶ CUIDADO: A lei admite **acumulação somente da pena de multa** com alguma outra. As demais sanções não podem ser cumuladas umas com as **outras**.

A prova de Advogado da CEB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Poderá a Administração aplicar sanções administrativas aos contratados, independentemente de ação judicial, desde que assegure o contraditório e a ampla defesa".

As referidas penas somente podem ser aplicadas após a instauração de processo administrativo, com garantia de contraditório e **ampla defesa**.

Importante destacar que, contra penas de advertência, multa e suspensão, cabe recurso no prazo de cinco dias úteis. Contra declaração de inidoneidade, cabe pedido de reconsideração no prazo de dez dias.

8.13.8 Ocupação provisória (art. 58, V)

A prova de Auditor do INSS elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O regime jurídico dos contratos administrativos instituído pela Lei de Licitações e Contratos não confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de, no caso dos serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato".

O art. 58, V, da Lei n. 8.666/93 faculta à Administração, nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, seja para garantir a apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado ou na hipótese de **rescisão do contrato administrativo**.

8.14 ESTUDO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O **art. 37, XXI, da Constituição Federal**, ao disciplinar a obrigatoriedade do procedimento licitatório, prescreve que "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**".

A prova de Defensor Público/BA considerou CORRETA a assertiva: "O equilíbrio econômico-financeiro é direito do concessionário de serviço público, devendo por isso ser restabelecido se afetado por alteração unilateral do contrato".

Essa referência a "mantidas as condições efetivas da proposta" tornou obrigatória a criação de um **sistema legal de preservação da margem de lucro do contratado**, denominado **equilíbrio econômico-financeiro**.

A disciplina legislativa do tema consta da Lei n. 8.666/93 (arts. 57, § 1º, e 65, II, *d*), da Lei n. 8.987/95 (art. 9º, § 2º) e da Lei n. 9.074/95 (art. 35).

A equação econômico-financeira pode ser conceituada como a **relação** que se estabelece, no momento da celebração do contrato, **entre o encargo assumido e a remuneração pactuada**.

A manutenção desse equilíbrio é um **direito** constitucionalmente tutelado **do contratado** e decorre do **princípio da boa-fé** e também da busca pelo **interesse**

público primário, tendo como fundamentos a regra do *rebus sic stantibus* e a **teoria da imprevisão**.

Em termos práticos, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro obriga o contratante a alterar a remuneração do contratado sempre que sobrevier circunstância excepcional capaz de tornar mais **onerosa a execução**. Assim, procura-se recompor a margem de lucro inicialmente projetada no momento da celebração contratual.

Essa alteração remuneratória pode se dar mediante reajuste ou revisão.

Reajuste é a terminologia apropriada para denominar a **atualização** do valor remuneratório ante as perdas inflacionárias ou majoração nos insumos. Normalmente, as regras de reajuste têm previsão contratual e são formalizadas por meio de instituto denominado **apostila**.

Já **revisão** ou **recomposição** são **alterações no valor efetivo da tarifa**, quase sempre sem previsão contratual, diante de circunstâncias insuscetíveis de recomposição por reajuste.

A 13ª prova da Magistratura Federal da 3ª Região considerou INCORRETA a assertiva: "A prevalência do interesse público sobre o particular torna imperativo, em âmbito administrativo, o princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sund servanda*), afastando a teoria da imprevisão, e consequentemente, o socorro à cláusula *rebus sic stantibus*".

A 22ª prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a assertiva: "Não se consideram alteração contratual a variação do valor para fazer face ao reajuste previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do valor corrigido".

A prova de Agente Fiscal da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "O instituto previsto na legislação sobre contrato administrativo, referente à formalização da variação do valor contratual, decorrente de reajuste de preços, previsto no contrato, que não caracteriza a sua alteração, denomina-se apostila".

Portanto, no reajuste é promovida uma simples atualização monetária da remuneração, ao passo que na revisão ocorre um aumento real no valor pago ao contratado.

Ao final, é interessante lembrar o conteúdo da Orientação Normativa n. 22 da AGU: "O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra 'd' do inc. II do art. 65, da Lei n. 8.666, de 1993".

8.14.1 Circunstâncias excepcionais que autorizam a revisão tarifária

Existe **grande controvérsia** doutrinária acerca da classificação das situações que autorizam revisão na remuneração do contratado. Cada autor, de acordo com suas preferências pessoais, organiza as diferentes categorias atribuindo nomes que não coincidem com o restante da doutrina.

A estratégia mais apropriada para a compreensão do tema é enumerar todas as figuras identificadas pelos autores mais importantes para o contexto dos concursos públicos.[16] São elas:

[16] Utilizaremos, aqui, as categorias identificadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho.

1) alteração unilateral do contrato: quando a Administração contratante realiza modificações quantitativas ou qualitativas no objeto contratual (art. 65, §§ 1º e 4º, da Lei n. 8.666/93). São, portanto, **circunstâncias internas** ao contrato. Exemplo: aumento no número de ruas a serem asfaltadas pelo **contratado**;

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "Os contratos de concessão de serviço público podem ser alterados unilateralmente pela Administração, mediante concomitante providência que preserve seu equilíbrio econômico-financeiro".

2) fato do príncipe: é todo acontecimento **externo ao contrato** provocado pela entidade contratante, "sob titulação jurídica diversa da **contratual**".[17] Exemplo: aumento de tributo promovido pela entidade **contratante**. Se a majoração de tributo for realizada por outra esfera federativa, aplica-se a teoria da imprevisão, e não o fato do príncipe;

A prova de Procurador do Estado/PB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Fato do príncipe é a situação ensejadora da revisão contratual para a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato".

A 84ª prova do Ministério Público/SP considerou CORRETA a assertiva: "O fato do príncipe, se redundar em oneração excessiva do contrato para o contratado, de molde a impedir a sua execução, é causa automática para a rescisão da avença, sem que tenha a Administração a obrigação de arcar com qualquer indenização pelos prejuízos experimentados pelo contratado".

3) fato da Administração: de acordo com **Hely Lopes** Meirelles[18] e **Maria Sylvia** Zanella Di Pietro,[19] o fato da Administração consiste na **ação ou omissão** da Administração contratante **que retarda ou impede a execução do contrato**. Exemplo: Administração não providencia desapropriações necessárias para a duplicação de rodovia. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, fato da Administração é o **comportamento irregular do contratante** que viola direitos do contratado, mas não necessariamente dificulta ou impede a execução, permitindo que o contratado continue o cumprimento do contrato;[20]

A prova de Procurador do Estado/PB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Ocorre fato da Administração quando uma ação ou omissão do Poder Público especificamente relacionada ao contrato impede ou retarda a sua execução".

4) álea econômica (teoria da imprevisão): é o acontecimento **externo ao contrato**, de natureza econômica e **estranho à vontade das partes**, imprevisível e inevitável, que cause desequilíbrio contratual. Exemplo: aumento de tributo determinado por entidade federativa diversa da administração contratante. A recomposição decorrente de álea econômica está relacionada com a aplicação, na seara dos contratos administrativos, da **teoria da imprevisão**. Para que tal circunstância possa gerar revisão tarifária, faz-se necessário o preenchimento de **algumas condições**, de modo que o fato seja: a) imprevisível quanto à sua ocorrência e ao alcance

17 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 633.

18 *Direito administrativo brasileiro*, p. 233.

19 *Direito administrativo*, p. 279.

20 *Curso de direito administrativo*, p. 633.

de suas consequências; b) estranho à vontade das partes; c) inevitável; d) causador de significativo desequilíbrio ao contrato;

5) sujeições imprevistas ou interferências imprevistas: são **dificuldades imprevisíveis de ordem material**. Exemplo: lençol freático encontrado durante a construção de túnel dificultando a execução da obra;

A prova de Procurador do Estado/PB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Interferências imprevistas consistem em elementos materiais que surgem durante a execução do contrato, dificultando extremamente a sua execução e tornando-a insuportavelmente onerosa".

6) agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração: é o **atraso no pagamento** da **remuneração devida ao contratado**.[21]

A prova de Especialista em Políticas Públicas elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode apenas ser solicitado pela Administração Pública em função da ocorrência de fatos retardadores da execução do que foi contratado".

8.15 DURAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS EM GERAL

Nos termos do art. 57 da Lei n. 8.666/93, o prazo dos contratos administrativos fica adstrito à vigência dos respectivos **créditos orçamentários**, exceto em três casos:

A prova de Agente Fiscal da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "A regra básica relativa à vigência dos contratos administrativos é a sua duração adstrita aos respectivos créditos orçamentários".

A prova de Procurador do Estado/PB elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "É possível a existência de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado".

I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, **limitada a sessenta meses**;

A prova de Analista do MPU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "De regra, os contratos administrativos, regidos pela Lei n. 8.666/93, devem ter sua duração adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas entre as exceções incluem-se os relativos à prestação de serviços, a serem executados de forma continuada, que poderão tê-la prorrogada, por iguais e sucessivos períodos, até sessenta meses".

III – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até quarenta e oito meses após o início da vigência do contrato.

Nos termos da Orientação Normativa n. 1 da AGU sobre Licitações e Contratos: "A vigência do contrato de serviço contínuo não está adstrita ao exercício financeiro". Sobre tema conexo, convém transcrever também a Orientação Normativa n. 3 da AGU: "Na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual

[21] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 633.

ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação". Por sua especial relevância, vale lembrar ainda o enunciado da Orientação Normativa n. 6 da AGU: "A vigência do contrato de locação de imóveis, no qual a Administração Pública é locatária, rege-se pelo art. 51 da Lei n. 8.245, de 1991, não estando sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inc. II do art. 57, da Lei n. 8.666, de 1993".

A legislação admite a **prorrogação do contrato administrativo**, que deve ser entendida como o aumento do prazo contratual, mantidas as mesmas condições anteriores e diante do mesmo contratado, desde que **justificada por escrito** e **autorizada pela esfera competente**.

A prorrogação difere da **renovação** na medida em que esta pressupõe alguma modificação em cláusula contratual, por exemplo, no que diz respeito à forma de execução do contrato.

Sobre a execução do contrato, convém destacar que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

A Administração Pública, na hipótese de inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não tem responsabilidade por seu pagamento.

Porém, a **Administração contratante responde solidariamente** com o contratado somente **pelos encargos previdenciários** resultantes da execução do contrato.

8.16 EXTINÇÃO

O contrato administrativo pode ser extinto em decorrência da **conclusão do objeto**, do **término do prazo**, de **anulação** motivada por defeito ou de **rescisão**.

A prova de Agente Financeiro do Tesouro Nacional/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Constitui prerrogativa da Administração Pública frente a seus contratos rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados na lei".

A prova de Procurador do DF elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "A declaração de nulidade do contrato administrativo produz efeito retroativo, desconstituindo os efeitos já produzidos, mas obrigando a Administração a indenizar os prejuízos que o contratante sofreu, desde que a causa da nulidade não lhe seja imputável".

O art. 79 da Lei n. 8.666/93 prevê **três tipos de rescisão** contratual:

a) rescisão unilateral: decretada pela Administração contratante, sem necessidade de **autorização judicial**. Havendo culpa do contratado, não é devida indenização, aplicando-se a sanção cabível; se não houver culpa, como no caso da rescisão motivada por razões de interesse público, cabe **indenização**;

b) rescisão amigável: feita administrativamente por acordo entre as partes. Em regra, não gera indenização;

c) rescisão judicial: determinada pelo Poder Judiciário em razão de **inadimplemento** do contratante ou do contratado. Havendo inadimplemento do contratado, a Administração pode optar também por rescindir unilateralmente.

ATENÇÃO: **Hely Lopes** Meirelles menciona ainda a **rescisão de pleno direito**, que independe da vontade das partes e produz efeitos automaticamente **pela ocorrência de fato extintivo** previsto na lei, regulamento ou contrato.[22] Exemplos: falência, insolvência ou falecimento do contratado.

8.17 CRIMES

Os arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666/93 tipificam crimes praticados no contexto do procedimento licitatório. Entre as **condutas criminosas** ali previstas, quatro relacionam-se diretamente com a celebração de contratos administrativos:

"**Art. 89.** Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I – elevando arbitrariamente os preços;

II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III – entregando uma mercadoria por outra;

IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

Em todos os mencionados tipos penais, é **obrigatório o elemento dolo**, não sendo punível a conduta meramente culposa.

8.18 QUESTÕES

1. (Controladoria Geral da União – Esaf) Nos contratos administrativos regidos pela Lei n. 8.666/93, a Administração dispõe de certas prerrogativas especiais, mas, mesmo assim, não pode ela:

A) aplicar sanções;

B) descumprir condições do edital;

[22] *Direito administrativo brasileiro*, p. 226.

C) modificá-los;
D) ocupar bens do contratado;
E) rescindi-los.

2. (Auditor do INSS – Esaf) Em razão da observância do princípio da publicidade, conforme previsão expressa na Lei n. 8.666/93, os contratos administrativos devem ser publicados:
A) integralmente, no órgão da imprensa oficial;
B) integralmente, no Boletim Interno do órgão respectivo;
C) resumidamente, na imprensa oficial e em jornal de circulação local;
D) resumidamente, no órgão da imprensa oficial;
E) resumidamente, na imprensa oficial e, integralmente, no Boletim Interno do órgão respectivo.

3. (OAB/Cespe – 2008.3) O governo de um Estado contratou determinada empresa para a construção da sede de uma das suas secretarias. A obra tinha prazo definido para o início, porém a empresa não pôde começar o serviço dentro do prazo estipulado em contrato porque a Administração Pública não entregou, em tempo hábil, o local da obra, tampouco expediu as ordens de serviço necessárias, o que impediu que a empresa iniciasse a obra no prazo previsto, descumprindo, portanto, cláusula contratual. Considerando a situação hipotética apresentada, é correto afirmar que, apesar do descumprimento do prazo, a empresa contratada está isenta de sanções administrativas, de acordo com a hipótese de:
A) fato do príncipe;
B) fato da administração;
C) álea econômica;
D) álea ordinária ou empresarial.

4. (Analista do TCU – 2008 – Cespe) Em 31 de dezembro de 2001, entrou em vigência contrato de prestação de serviços contínuos de vigilância entre a empresa Vigilantes e Atentos Ltda. e a União, com prazo de duração de um ano. Em 15 de dezembro de 2002, Helena, servidora pública federal, foi flagrada ao receber propina de João, sócio-gerente da citada empresa, para renovar o contrato de prestação de serviços por mais um ano, o que acabou ocorrendo. Nesse mesmo dia, tais fatos repercutiram nacionalmente na imprensa. Em 2 de maio de 2003, foi aberto processo administrativo disciplinar visando apurar os fatos, somente tendo sido publicada em 15 de maio de 2008 a portaria da demissão de Helena. Acerca da situação hipotética acima apresentada, julgue os próximos itens.
1) O contrato de prestação de serviços contínuos de segurança e vigilância pode ser prorrogado, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, por iguais e sucessivos períodos, limitados a sessenta meses.
2) Em 2 de maio de 2003, com a instauração do processo administrativo disciplinar, por meio da publicação da respectiva portaria, o prazo prescricional foi interrompido e somente voltou a correr 140 dias após essa data, não estando, portanto, prescrita a pretensão punitiva da Administração Pública.
3) No mencionado processo administrativo disciplinar, não haveria ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório caso faltasse a Helena defesa técnica por meio de advogado, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.
4) Se a empresa Vigilantes e Atentos Ltda. não recolher os encargos previdenciários devidos por ela em face da remuneração paga aos seus empregados, na execução do referido contrato, ficará a União solidariamente responsável por esse pagamento, conforme o disposto na lei geral de licitações.

5. (Procurador do DF – Esaf) O Secretário de Defesa Civil contrata, após licitação, a compra de uma frota de veículos especializados em retirar neve das estradas. Esse contrato é:

A) irrevogável, porque obedeceu ao princípio da licitação;
B) revogável, porque o Estado não está obrigado a cumprir os contratos que celebra com particulares;
C) só pode ser desfeito por determinação legislativa;
D) só pode ser desconstituído por ordem judicial;
E) é nulo por inexistência de motivos.

6. (Magistratura/TO – 2007) Acerca dos contratos administrativos, assinale a opção incorreta.

A) O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, as suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.
B) O atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento é motivo para imposição de penalidade, mas não para rescisão do contrato.
C) Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso, nos contratos regidos exclusivamente pela Lei n. 8.666/93.
D) Nos contratos de concessão e permissão de serviço público, ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

7. (OAB/Cespe – 2008.1) A respeito da disciplina legal relativa aos contratos administrativos, julgue os itens a seguir.

I. A ilegalidade no procedimento da licitação vicia também o próprio contrato, já que aquele procedimento é condição de validade deste, de modo que, ainda que a referida ilegalidade seja apurada depois de celebrado o contrato, este terá de ser anulado.

II. A faculdade que a Administração possui de exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras admite que tal exigência seja feita somente com o licitante vencedor e no momento da assinatura do respectivo contrato, não na fase licitatória.

III. A subcontratação, total ou parcial, do objeto do contrato, a associação do contratado com outrem, bem como a cessão ou transferência, total ou parcial, somente são possíveis se expressamente previstas no edital e no contrato.

IV. Entre as normas referentes ao aspecto formal, inclui-se a que exige a publicação, no *Diário Oficial*, da íntegra do contrato, no prazo máximo de trinta dias a contar da data da assinatura, como condição para que o contrato adquira eficácia.

Estão certos apenas os itens:

A) I e II.
B) I e III.
C) II e IV.
D) III e IV.

8. (OAB/SP) Após vários meses da celebração de um contrato de prestação de serviços de vigilância, entre o Poder Público e a empresa vencedora da licitação, esta tornou-se inadimplente com a Previdência Social (FGTS e INSS). O Poder Público contratante deve

A) rescindir o contrato e pode contratar com inexigibilidade de licitação, por emergência, visto que se trata de um serviço essencial;
B) manter o contrato pelo prazo contratual e, após, pode iniciar novo processo licitatório;
C) rescindir o contrato e pode contratar qualquer empresa, com inexigibilidade de licitação, para dar continuidade ao serviço, pelo prazo restante;
D) rescindir o contrato e pode contratar, com dispensa de licitação, a licitante classificada em segundo lugar.

9. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) Os contratos administrativos
A) não podem ser rescindidos em razão da inexecução parcial, cabendo, nesse caso, apenas a aplicação de sanções pecuniárias ao contratado;
B) podem ser escritos ou verbais, sendo estes reservados apenas para compras até o valor de R$ 10.000,00;
C) de valor inferior a R$ 50.000,00 não precisam ser publicados na imprensa oficial;
D) não podem conter cláusulas exorbitantes;
E) são ajustes que a Administração, agindo nessa qualidade, firma com particular ou com outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

10. (OAB/Cespe – 2007.3) Empresa pública de transporte coletivo firmou contrato com rede de distribuição de combustíveis para que, pelo prazo de vinte e quatro meses, fornecesse gás natural veicular para sua frota de ônibus, pagando, por metro cúbico de gás, o valor médio cobrado pelo mercado segundo levantamento feito pela Agência Nacional do Petróleo. No nono mês de vigência do contrato, o principal fornecedor de gás ao Brasil teve de suspender o fornecimento do produto devido a graves problemas político-sociais internos. A contratada se vê impossibilitada de cumprir a avença nos termos pactuados. Considerando a situação hipotética acima, assinale a opção correta.
A) Aplica-se ao caso a teoria da imprevisão.
B) A empresa fornecedora de combustíveis terá de ressarcir a empresa pública pelos prejuízos causados pela paralisação de sua frota por força da cláusula *rebus sic stantibus*.
C) A contratada não deverá arcar com qualquer ônus pelo inadimplemento do contrato por se tratar de fato do príncipe.
D) A empresa pública poderá buscar reparação financeira junto à Corte Interamericana de Direito OEA.

11. (OAB/Cespe – 2007.2) Os motivos para rescisão determinada por ato unilateral e escrito da Administração não incluem:
A) razão de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificada e determinada pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exarada no processo administrativo a que se refere o contrato;
B) a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite previsto em lei;
C) a lentidão do cumprimento de uma obra, em que a Administração comprove a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
D) o atraso injustificado no início de obra, serviço ou fornecimento.

12. (Analista Administrativo – TRT/AM – FCC) Como uma das causas justificadoras da inexecução do contrato administrativo, o fato do príncipe caracteriza-se como sendo

A) toda determinação estatal, positiva ou negativa geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato;
B) o ato individual emanado do Poder Público que, reflexamente ou não, desequilibra a economia do contrato, impedindo a sua parcial execução;
C) toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede a sua execução;
D) ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem no decorrer de sua execução;
E) eventos materiais imprevisíveis e inevitáveis, criando para o contratado a impossibilidade intransponível para a execução do objeto contratual.

13. (OAB/Cespe – 2007.1) A respeito dos contratos administrativos, assinale a opção correta.
A) Os contratos administrativos diferenciam-se dos demais contratos privados no que se refere às chamadas cláusulas exorbitantes, como a cláusula que autoriza à Administração impor penalidades administrativas.
B) Como os contratos administrativos também se submetem ao princípio da formalidade, eles devem ser obrigatoriamente escritos.
C) A Administração pode alterar, de forma unilateral, os contratos que celebrar. No entanto, no que se refere à alteração quantitativa, a lei estabelece, como limite para os acréscimos e supressões nas obras, serviços ou compras, o percentual de 50% em relação ao valor original do contrato.
D) A Administração pode rescindir o contrato, de forma unilateral, na ocorrência de caso fortuito ou força maior, não ficando obrigada ao pagamento de qualquer indenização.

14. (OAB/Cespe – 2009.2) Considere que, após o devido processo licitatório, a Administração Pública tenha delegado a execução de um serviço público a um particular para que este executasse o serviço em seu próprio nome, por sua conta e risco, pelo prazo de cinco anos. Em troca, conforme previsão contratual, o particular receberia, a título de remuneração, a tarifa paga pelos usuários do serviço.
Nesse caso, a Administração Pública firmou contrato de
A) autorização de serviço público;
B) empreitada de serviço público;
C) concessão de serviço público;
D) permissão de serviço público.

15. (Analista Judiciário – TRT/MS – FCC) Observe as seguintes proposições referentes às características dos contratos administrativos:
I. O contratado poderá arguir a exceção do contrato não cumprido quando a Administração atrasar, por mais de trinta dias, o pagamento estipulado no ajuste.
II. A Administração poderá rescindir unilateralmente o contrato quando o particular atrasar injustificadamente o início da obra.
III. As cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos poderão ser alteradas unilateralmente pela Administração.
IV. Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*.
Está correto o que se afirma APENAS em
A) II e IV.
B) II e III.
C) I e IV.

D) I, II e III.
E) I, II e IV.

16. (OAB/Cespe) Acerca de contratos administrativos, assinale a opção que apresenta somente cláusulas necessárias ao contrato administrativo, na forma da Lei n. 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A) objeto, preço, condições de pagamento e confidencialidade;
B) preço, condições de pagamento, confidencialidade e penalidades;
C) objeto, preço, condições de pagamento e penalidades;
D) preço, penalidades, condições de pagamento, confidencialidade e objeto.

17. (OAB/Cespe) A Lei n. 8.666/93 assevera que o contratado é obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos e supressões que se fizerem necessários nas obras, serviços ou compras, bem como na reforma de edifício ou de equipamento. Acerca desse assunto, assinale a opção que apresenta, respectivamente, o percentual de acréscimo ou supressão que o contratado é obrigado a aceitar nos contratos de obras, serviços e compras, e o percentual para reforma de edifício ou de equipamentos.

A) 25% e 50%.
B) 25% e 75%.
C) 50% e 25%.
D) 50% e 75%.

18. (OAB/Cespe) A Emenda Constitucional n. 9/95 flexibilizou o monopólio da atividade do petróleo, permitindo que empresas privadas participem, por exemplo, da atividade de pesquisa e lavra do petróleo, em regime de livre concorrência. Para tanto, as empresas privadas devem

A) celebrar com a Agência Nacional do Petróleo – ANP contrato de concessão de serviço público;
B) celebrar com a União contrato de concessão de exploração de bem público;
C) ser autorizadas pela Petrobras para exploração de atividade econômica, após regular procedimento licitatório;
D) celebrar contrato de concessão para exploração de atividade econômica com a União, via Agência Nacional de Petróleo – ANP.

19. (OAB/SP) Pode uma agência reguladora conceder excepcional revisão de tarifa solicitada por uma concessionária de serviço público, dois meses após esta tarifa ter sido devidamente reajustada na forma do contrato de concessão?

A) Sim, desde que se utilizem os índices de reajuste estabelecidos no contrato.
B) Não, porque a revisão, como forma de reajuste, só pode ocorrer no prazo estabelecido no contrato.
C) Sim, desde que fato imprevisto e inevitável tenha desbalanceado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.
D) Não, porque se trata de revisão extraordinária, que só pode ocorrer anualmente.

20. (OAB/SP) Qual a forma de extinção de um contrato de concessão celebrado entre um município e uma sociedade de economia mista estadual, que, para sua efetivação, necessite, obrigatoriamente, de lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização?

A) Encampação.
B) Caducidade.

C) Intervenção.
D) Rescisão contratual.

21. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) Sobre as características dos contratos administrativos, considere:
I. As cláusulas exorbitantes, que constituem uma das características do contrato administrativo, são cláusulas que colocam a Administração Pública em posição de supremacia, conferindo-lhe prerrogativas em relação ao contratado.
II. Contratos da Administração Pública regidos pelo Direito Privado.
III. Obediência à forma prescrita em lei é uma das características dos contratos administrativos.
Está correto o que se afirma SOMENTE em

A) II.
B) III.
C) I e II.
D) I e III.
E) II e III.

22. (OAB/SP) A Lei n. 11.107/2005 dispôs sobre consórcio público (que poderá ser pessoa jurídica de direito público da Administração indireta) para a gestão associada de serviços públicos entre entes federativos. O projeto de lei previa, em seu art. 10, que os consorciados (Municípios, Estados, Distrito Federal e União) responderiam solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio. A União vetou este art. 10. Em função do veto, diz-se que o credor do consórcio público

A) poderá, apenas subsidiariamente, exigir o cumprimento da obrigação do ente federativo consorciado;
B) poderá exigir o cumprimento da obrigação apenas do consórcio, visto que o ente federativo não responde jamais pelas dívidas das pessoas jurídicas da sua Administração indireta;
C) poderá exigir o cumprimento da obrigação diretamente tanto do consórcio como do ente federativo consorciado;
D) não poderá exigir, nem de forma solidária nem subsidiária, que o ente federativo consorciado cumpra a obrigação do consórcio público.

23. (OAB/SP) Pode o Poder Público, no curso de uma concessão, determinar unilateralmente a redução de uma tarifa?

A) Sim, desde que recomponha o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, indenizando o particular.
B) Não, porque o equilíbrio econômico-financeiro do contrato impede, sempre, que tal ocorra.
C) Sim, desde que o contrato de concessão preveja a ocorrência de reajuste decorrente de "fato do príncipe".
D) Não, a não ser que o desbalanceamento econômico-financeiro do contrato ultrapasse o limite legal de 25% de alteração.

24. (OAB/SP) Com a competência que lhe foi dada pela Constituição Federal, um Estado-membro dá em concessão, a uma empresa particular, o serviço de distribuição de gás canalizado, estabelecendo o direito à exclusividade por um determinado período de tempo. Estaria correto esse direito à exclusividade?

A) Não, porque na concessão a exclusividade deve durar por todo o prazo do contrato.

B) Não, porque concessão de serviço público não pode nunca ter caráter de exclusividade.
C) Sim, porque a Constituição Federal deu competência exclusiva ao Estado para disciplinar sobre normas gerais de concessão de serviço público.
D) Sim, desde que a exclusividade dada à concessionária seja devidamente justificada por inviabilidade técnica ou econômica.

25. (Magistratura/SP) É elemento característico do regime jurídico das concessões de serviços públicos, nos termos da Lei n. 8.987/95, a possibilidade
A) de o poder concedente intervir na concessão, por ato da autoridade que seja a responsável pelo contrato, sem necessariamente com esse ato acarretar a extinção da concessão;
B) da transferência do controle acionário da concessionária, sem prévia anuência do poder concedente, desde que mantidas as condições de habilitação e classificação que haviam sido exigidas na licitação;
C) de a concessionária promover desapropriações, declarando de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço;
D) de o poder concedente promover a encampação, retomando o serviço durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, desde que mediante lei autorizativa específica e com prévio pagamento de indenização nos termos da lei.

26. (OAB/SP) Não é característica do contrato administrativo:
A) presença de cláusulas exorbitantes;
B) liberdade de forma;
C) mutabilidade;
D) finalidade pública.

27. (Delegado de Polícia/PE) Na concessão de serviços públicos:
A) a empresa concessionária que tomar a iniciativa da rescisão judicial do contrato, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, não pode, por força da Lei n. 8.987/95, interromper ou paralisar os serviços prestados, até a decisão judicial transitada em julgado;
B) a encampação implica a retomada do serviço público pelo poder concedente quando a concessionária presta o serviço de forma inadequada ou deficiente, dispensada a edição de lei autorizativa específica;
C) para a instauração do processo administrativo de inadimplência dispensa-se, em caso de inadimplemento contratual da concessionária, que esta seja previamente comunicada dos descumprimentos contratuais praticados, uma vez que, no curso do processo administrativo disciplinar, poderá exercer ampla defesa;
D) ainda que haja autorização expressa do poder concedente, não é permitida a subconcessão de serviços públicos, sob pena de se burlar a licitação, afrontando-se o princípio da competitividade que impera nas licitações públicas;
E) na fixação das tarifas a serem cobradas dos usuários, não é possível a fixação de tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

28. (OAB/SP) Nos contratos de concessão de serviço de telefonia fixa, verificando-se que o reajuste anual previsto no contrato implicaria aumento muito acima da inflação e, portanto, por demais oneroso ao usuário-consumidor, o poder concedente poderia, em comum

acordo com a concessionária, efetuar revisão contratual, diminuindo o reajuste e, na mesma proporção, diminuir obrigações da concessionária. Este proceder

A) encontra abrigo na lei de concessão, visto que seria mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
B) fere a lei de licitação, visto que o valor da tarifa (e dos reajustes) foi estabelecido na proposta da licitante vencedora do processo de privatização do sistema Telebrás;
C) tem amparo legal, pois que o Poder Público pode alterar unilateralmente qualquer cláusula de contrato administrativo;
D) só terá amparo legal se se tratar de cláusula exorbitante, derrogatória do direito comum.

29. (OAB/SP) Não é considerada cláusula exorbitante, típica do contrato administrativo, a

A) retomada do objeto por ato da Administração;
B) alteração unilateral do contrato pelo Poder Público;
C) anulação do contrato por ilegalidade, pela própria Administração;
D) plena adoção da cláusula da exceção do contrato não cumprido.

30. (Técnico Judiciário – TRT/RS – FCC) Tendo em vista a formalização dos contratos administrativos, assinale a alternativa correta.

A) Os licitantes ficam liberados dos compromissos assumidos se, decorridos trinta dias da data da entrega das propostas, não forem convocados para a contratação.
B) São instrumentos de formalização do contrato administrativo, dentre outros, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra e a ordem de execução de serviço.
C) Nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, o termo de contrato é facultativo, podendo ser substituído por contrato verbal e informal.
D) Os aditamentos relativos a direitos reais sobre imóveis serão lavrados nas repartições interessadas.
E) É indispensável o termo do contrato ou a ordem de execução de serviço nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras.

31. (Magistratura/TO – 2007) Acerca das parcerias público-privadas, assinale a opção incorreta.

A) A sociedade de propósito específico, que poderá assumir a forma de companhia aberta, deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento, ficando vedado à Administração Pública ser titular da maioria do seu capital votante, salvo aquisição por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.
B) A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência.
C) A contraprestação da Administração Pública, se prevista em contrato, poderá prever o pagamento de remuneração variável, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.
D) Concessão patrocinada é o contrato de prestação de serviços no qual a Administração Pública é usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

32. (OAB/SP) O contrato administrativo tem como característica:

I. a presença de cláusulas exorbitantes;

II. a imutabilidade;
III. a incompatibilidade total com a natureza do contrato de adesão.
É certo afirmar que

A) apenas I está correto;
B) apenas II está correto;
C) apenas III está correto;
D) I, II e III estão corretos.

33. (Auditor do TCE/GO – Esaf) Considere os seguintes encargos:
I. trabalhistas;
II. previdenciários;
III. fiscais;
IV. comerciais.
Nos termos da Lei n. 8.666/93, há responsabilidade solidária entre a administração contratante e a contratada apenas com relação aos encargos referidos

A) no inciso I;
B) nos incisos I, II e IV;
C) nos incisos I e II;
D) nos incisos I, II e III;
E) no inciso II.

34. (OAB/SP) O contrato administrativo poderá ser rescindido

A) em caso de ilegalidade da licitação, em procedimento administrativo em que seja assegurada ampla defesa;
B) por inadimplemento do contratado, desde que haja decisão judicial;
C) unilateralmente pela Administração, em caso de interesse público ou conveniência;
D) somente por acordo em face de a posição das partes ser de horizontalidade.

35. (Analista Judiciário – TRT/PB – FCC) É INCORRETO afirmar que é considerada característica dos contratos administrativos, dentre outras, a

A) ausência de cláusulas exorbitantes;
B) natureza de contratos de adesão;
C) natureza, de regra, *intuitu personae*;
D) finalidade pública;
E) sua mutabilidade.

36. (OAB/SP) O particular age por sua conta e risco, sujeitando-se, contudo, à regulamentação, controle e fiscalização do Poder Público, no

A) contrato de concessão de serviço público;
B) processo de licitação;
C) exercício de um cargo público;
D) processo de arbitragem.

37. (Analista Administrativo – TRT/MS – FCC) Após dois anos da assinatura do contrato entre o Município de Corumbá e a empresa vencedora da licitação, esta não pode dar início

ao objeto pactuado devido à não liberação, por parte da Municipalidade, no prazo contratual, do local para a execução da obra. Não podendo mais manter o avençado, a empresa terá a faculdade de

A) revogar unilateralmente o contrato em virtude da ocorrência de caso fortuito regularmente comprovado;
B) rescindir unilateralmente o contrato ante a existência da causa justificadora da inexecução do contrato denominada *exceptio non adimpleti contractus*;
C) alegar a existência de interferências imprevistas para interromper imediatamente a execução do contrato;
D) pleitear a rescisão do contrato em virtude da caracterização do fato da Administração;
E) determinar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão do fato do príncipe.

38. (OAB/SP) Podem os credores de concessionária de telefonia fixa penhorar sua rede de telecomunicações?

A) Não, porque a rede está afetada à prestação do serviço público.
B) Sim, porque a concessionária, apesar de executar serviço público, é empresa privada.
C) Não, porque o princípio da continuidade do serviço público torna reversíveis todos os bens do patrimônio da concessionária.
D) Sim, porque a inadimplência da concessionária é fato extintivo do contrato administrativo de concessão.

39. (Analista Judiciário – TRT/AM – FCC) A natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos corresponde à execução pessoal pelo contratado

A) passível de cessão ou transferência para atender o interesse público, mediante termo de reti-ratificação;
B) razão pela qual é vedado prever no edital e no contrato a cessão parcial;
C) sendo legítima a subcontratação total ou parcial, mediante termo aditivo ao contrato;
D) admita a subcontratação parcial no limite admitido pela Administração no edital e no contrato;
E) não sendo legítima a subcontratação, mesmo quando prevista no edital.

40. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) O contrato administrativo deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas legais, observadas, dentre outras, a seguinte regra:

A) Executado o contrato, o seu objeto será recebido provisoriamente e, depois, definitivamente, vedado, em qualquer hipótese, o recebimento definitivo sem o provisório.
B) A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, vedada a contratação de terceiros ainda que para assisti-lo.
C) A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.
D) Na execução do contrato, o contratado pode, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite de 25%, sem necessidade de autorização ou anuência da Administração.
E) O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

41. (OAB/SP) Para que o Estado possa alterar, unilateralmente, um contrato administrativo, deve

A) referir-se, a alteração, apenas a regras contratuais;
B) manter intangível a equação econômico-financeira do contrato;
C) haver previsão expressa no contrato, permitindo a alteração;
D) haver anuência do contratado.

42. (Analista Judiciário – TRT/PB – FCC) Em matéria de contratos administrativos considere:
I. É pressuposto de aplicabilidade da teoria da imprevisão, dentre outros, uma interferência previsível, mas de consequências incalculáveis.
II. Eventos supervenientes e imprevisíveis que possam influir sobre qualquer dos aspectos pactuados autorizam a revisão do contrato.
III. O fato do príncipe se confunde com o fato da Administração, visto que incidindo diretamente sobre o contrato sempre suspendem sua execução.
IV. O cumprimento do contrato ocorre simplesmente com a conclusão da obra ou do serviço, caso em que as partes ficam desoneradas de suas responsabilidades.
Nesses casos são corretos SOMENTE

A) I e II.
B) I e III.
C) III e IV.
D) I, II e IV.
E) II, III e IV.

43. (OAB/SP) Extinto o prazo de contrato administrativo de prestação de serviços, foi ele prorrogado tacitamente enquanto não concluído o processo licitatório para a efetivação de novo contrato visando a idêntico objeto. O atraso na licitação decorreu de suspensão, por liminar judicial, do seu procedimento. Estará correto o pagamento do contratado pelos serviços realizados no período não coberto pelo prazo contratual inicial?

A) Não, a não ser que a Administração celebre posteriormente contrato escrito, atribuindo-lhe efeitos pretéritos.
B) Não, porque a Administração não pode alegar atraso na licitação (de total previsibilidade) para justificar contrato oral.
C) Sim, desde que o agente público responsável pela contratação tácita não venha a ser considerado culpado pela violação do dever funcional que tenha acarretado a contratação irregular.
D) Sim, a título de ressarcimento, para evitar enriquecimento ilícito do Estado.

9

AGENTES PÚBLICOS

9.1 AGENTES PÚBLICOS

O nome "**agente público**" é a **designação mais genérica** possível para fazer referência a todas as pessoas que se relacionam profissionalmente com o Estado. A utilidade prática em identificar o grande gênero dos agentes públicos reside em saber quem pode figurar como **autoridade coatora** em eventual **mandado de segurança** (art. 1º da Lei n. 12.016/2009).[1] O mesmo conceito amplo é empregado pelo art. 2º da Lei n. 8.429/92 para definir quem são os agentes públicos para fins da prática de **improbidade administrativa**.

Assim, podemos conceituar **agentes públicos** como "todos aqueles que têm uma **vinculação profissional** com o Estado, mesmo que em **caráter temporário** ou **sem remuneração**".

A Constituição Federal de 1988 tem duas seções especificamente dedicadas ao tema dos agentes públicos: Seções I e II do Capítulo VII do Título III, tratando respectivamente dos "servidores públicos civis" (arts. 37 e 38) e dos "militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (art. 42).

O gênero agentes públicos comporta diversas espécies: a) agentes políticos; b) ocupantes de cargos em comissão; c) contratados temporários; d) agentes militares; e) servidores públicos estatutários; f) empregados públicos; g) particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos).

Convém analisar separadamente cada uma dessas categorias de agentes públicos.

9.2 AGENTES POLÍTICOS

A primeira espécie dentro do gênero agentes públicos é a dos agentes políticos. Os agentes políticos exercem uma função pública (***munus publico***) de **alta direção do Estado**. Ingressam, em regra, por meio de **eleições**, desempenhando **mandatos fixos** ao término dos quais sua relação com o Estado desaparece automaticamente.

---

1 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 242.

A vinculação dos agentes políticos com o aparelho governamental não é profissional, mas institucional e estatutária.

São os membros de Poder que ocupam a cúpula diretiva do Estado.

É o caso dos **parlamentares, Presidente da República, governadores, prefeitos**, e seus respectivos **vices, ministros** de Estado e **secretários**.

Adotando posicionamento minoritário, Hely Lopes Meirelles inclui os **magistrados** e membros do **Ministério Público** entre os agentes políticos, ao argumento de que eles também exercem uma **parcela da soberania** estatal. Tal entendimento, entretanto, raramente é adotado em provas e concursos públicos. A categoria dos magistrados e a dos membros do Ministério Público ficam mais bem alocadas entre os servidores estatutários vitalícios.

9.3 OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO

Conhecidos popularmente como "cargos de confiança", os cargos em comissão ou comissionados estão reservados a atribuições de **direção, chefia** e **assessoramento** (art. 37, V, da CF). Qualquer outra atribuição de função a comissionados – e que não envolva direção, chefia ou assessoramento – deve ser considerada como inconstitucional.

O regime jurídico dos ocupantes de cargos em comissão vem parcialmente disciplinado, no âmbito federal, pela Lei n. 8.112/90 – o Estatuto do Servidor Público.

A prova de Fiscal do ISS/SP elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "É elemento típico do regime dito estatutário dos servidores públicos, nos termos do Direito brasileiro vigente, a possibilidade excepcional de nomeação sem concurso público".

A 177ª prova da Magistratura/SP considerou INCORRETA a assertiva: "É nula a simples dispensa de servidor titular de cargo de provimento em comissão, de livre nomeação, sem o regular processo administrativo".

A 23ª prova de Procurador da República considerou CORRETA a assertiva: "Na dispensa de um servidor, ocupante de cargo de confiança exonerável *ad nutum*, declarado o motivo, este passará a ser vinculante ao ato e sua validade e eficácia ficarão na dependência da efetiva existência do motivo declarado".

Tais cargos são **acessíveis sem concurso público**, mas providos por nomeação política. De igual modo, a **exoneração é *ad nutum***, podendo os comissionados ser desligados do cargo **imotivadamente**, sem necessidade de garantir contraditório, ampla defesa e direito ao devido processo legal.

Entretanto, se a autoridade competente apresentar um motivo para a exoneração e o motivo for comprovadamente falso ou inexistente, o desligamento será nulo em razão da teoria dos **motivos determinantes**.

São **exemplos** de cargos em comissão os de **assessoria parlamentar** e os **subprefeitos**.

Importante destacar que os cargos comissionados, como não exigem concurso, podem ser ocupados por indivíduos sem qualquer relação permanente com o Estado. Porém, a legislação estabelecerá os casos, condições e percentuais em que os cargos comissionados devem ser preenchidos por servidores públicos de carreira (art. 37, V, da CF).

No âmbito federal, o Decreto n. 5.497/2005 definiu os seguintes percentuais dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS)

da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, a serem preenchidos por servidores concursados:

I – 75% dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3;

II – 50% dos cargos em comissão DAS, nível 4.

Não se deve confundir, porém, cargo de confiança (comissionado) com **função de confiança**. As funções de confiança também se relacionam **exclusivamente** com atribuições de **direção, chefia e assessoramento** (art. 37, V, da CF), mas só podem ser exercidas por **servidores de carreira**. Pressupõem, portanto, que o indivíduo que irá exercer a função de confiança pertença aos quadros de pessoal da Administração. Exemplo: a função de chefia na procuradoria do município só pode ser exercida por um procurador concursado. A **livre nomeação** para funções de confiança, portanto, **depende de vinculação prévia** com o serviço público.

A prova da Magistratura/PR considerou INCORRETA a assertiva: "As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se preferencialmente às atribuições de direção, chefia e assessoramento".

9.4 CONTRATADOS TEMPORÁRIOS

O art. 37, IX, da Constituição Federal prescreve que "a lei estabelecerá os casos de **contratação por tempo determinado** para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público**".

A 46ª prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a assertiva: "Segundo princípios constitucionais da Administração Pública, a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade de excepcional interesse público".

Regulamentando o referido dispositivo, foi promulgada a Lei n. 8.745/93 para disciplinar a contratação temporária no âmbito dos órgãos da administração federal direta, bem como de suas autarquias e fundações públicas. Assim, o sistema de contratação por tempo determinado, estabelecido pela Lei n. 8.745/93, **somente é aplicável às pessoas de direito público de âmbito federal**. Não se aplica, portanto, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nem tampouco às empresas públicas e às sociedades de economia mista da União. A contratação temporária, como se nota, não se rege pela Lei n. 8.112/90 – o **Estatuto do Servidor Público Federal**.

A prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "As pessoas que, na esfera federal, são contratadas por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público são regidas pela Lei n. 8.112/90".

Nos termos do art. 2º da Lei n. 8.745/93, considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

"I – assistência a situações de calamidade pública;

II – assistência a emergências em saúde pública;

III – realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;

IV – admissão de professor substituto e professor visitante;

V – admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI – atividades especiais como organização das Forças Armadas, identificação e demarcação territorial, atuações finalísticas do Hospital das Forças Armadas, assistência à saúde para comunidades indígenas;

VII – admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação;

VIII – admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa;

IX – combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica".

A prova de Agente Fiscal da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "A exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos, estabelecida no artigo 37, II, da Constituição Federal, pode ser excepcionada por lei que autorize a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

Importante observar que o **recrutamento** para contratação temporária **prescinde de concurso público**, mas por **processo seletivo simplificado** (art. 3º). Entretanto, nos casos de calamidade pública ou emergência ambiental o processo seletivo simplificado é dispensado.

O **prazo máximo** de duração da contratação temporária varia conforme o enquadramento do caso nos incisos acima transcritos do art. 2º da Lei n. 8.745/93, podendo ser de: a) **seis meses** (incisos I, II e IX); b) **um ano** (incisos III e IV, bem como em algumas hipóteses do inciso IV); c) **dois anos** (em algumas hipóteses do inciso VI); d) **três anos** (VII e VIII, bem como em algumas hipóteses do inciso IV); e) **quatro anos** (inciso V, bem como em algumas hipóteses do inciso VI).

9.5 AGENTES MILITARES

Os agentes militares formam uma categoria à parte entre os agentes políticos na medida em que as instituições militares são organizadas com base na **hierarquia** e na **disciplina**. Aqueles que compõem os quadros permanentes das forças militares possuem **vinculação estatutária**, e não contratual, mas o regime jurídico é disciplinado por legislação específica diversa da aplicável aos servidores civis.

Os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares são servidores públicos dos **Estados**, do **Distrito Federal** e dos **Territórios**, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores (art. 42, § 1º, da CF).

São estatutários também os militares ligados às Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, instituições nacionais permanentes e regulares. As **Forças Armadas** estão igualmente fundamentadas nos princípios de disciplina e hierarquia e organizadas sob a **autoridade suprema do Presidente da República**.

As **patentes**, com prerrogativas, direitos e deveres a ela inerentes, são conferidas pelo **Presidente da República**.

Importante destacar que aos militares estão constitucionalmente **proibidas** a **sindicalização**, a **greve**, a **acumulação de cargos** e a **filiação partidária**.

A prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O dispositivo constitucional que proíbe a sindicalização e a greve dos militares federais estende-se aos militares dos estados e do DF".

9.6 SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 estabelece dois regimes principais de contratação para o serviço público: o estatutário, ou de cargo público, e o celetista, ou de emprego público. Daí a existência de duas categorias básicas entre os agentes públicos: os servidores estatutários e os empregados públicos. São inúmeras as diferenças entre o regime jurídico de cargo e o de emprego público, este último a ser estudado no item seguinte.

O regime estatutário é **regime comum** de contratação de agentes públicos pela Administração Direta, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelas pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta, como autarquias, fundações públicas e associações públicas.

No âmbito federal, o regime de cargo público vem disciplinado na **Lei n. 8.112/90** – o Estatuto do Servidor Público Federal.

Os servidores estatutários são selecionados por **concurso público** para ocupar **cargos públicos**, tendo vinculação de natureza estatutária **não contratual**, e adquirem **estabilidade** após se sujeitarem a um **estágio probatório**.

A prova da OAB/MG considerou INCORRETA a afirmação: "Os cargos públicos são unidades de competências sujeitas a regime contratual".

Como não se trata de vinculação contratual, pode haver alteração unilateral no regime aplicável aos **servidores estatutários**.

A prova da OAB/MS elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Os estatutários poderão ter sua vida funcional unilateralmente alterada".

Entretanto, as alterações unilaterais, inerentes ao regime estatutário, não podem prejudicar **direitos adquiridos**.

A prova de Procurador do Estado de São Paulo considerou CORRETA a afirmação: "O regime estatutário aplicável aos servidores públicos é definido em lei, podendo ser modificado unilateralmente, respeitados os direitos adquiridos".

O regime de cargo público é **mais vantajoso** e **protetivo** para o agente do que o de emprego público. Isso porque o regime de cargo foi concebido para garantir maior estabilidade no exercício das funções públicas, protegendo o servidor contra influências partidárias e pressões políticas provocadas pela constante alternância na cúpula diretiva do Estado.

A principal vantagem conferida aos estatutários é a estabilidade adquirida após o estágio probatório. Essa estabilidade consiste na impossibilidade de perda do cargo, a não ser nas hipóteses constitucionalmente previstas. Segundo o art. 41, § 1º, da Constituição Federal, o servidor estável só perderá o cargo por: a) sentença judicial transitada em julgado; b) processo administrativo disciplinar; c) avaliação periódica de desempenho. Além dessas três formas, é possível ser decretada a perda do cargo também para redução de despesas com pessoal.

Ressalte-se, entretanto, que, no caso dos três cargos públicos vitalícios (magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas), adquirida a vitaliciedade, a perda do cargo somente pode ocorrer por sentença judicial transitada em julgado.

Assim, é possível identificar **dois regimes** diferentes aplicáveis aos servidores estatutários:

a) cargos vitalícios: é o caso de **magistrados**, membros do **Ministério Público** e membros dos **Tribunais de Contas**. Nos cargos vitalícios, o **estágio probatório** é reduzido, tendo duração de somente **dois anos**, após o qual o agente adquire vitaliciedade, podendo perder o cargo unicamente por meio de **sentença judicial transitada em julgado**;

b) cargos efetivos: é a condição de todos os cargos públicos, com exceção dos três vitalícios acima indicados. Os cargos efetivos têm **estágio probatório** maior, de **três anos**. Após o estágio probatório, o servidor adquire **estabilidade**, podendo perder o cargo pelas quatro formas já referidas: a) **sentença judicial** transitada em julgado; b) **processo administrativo disciplinar**; c) **avaliação de desempenho**; d) para **redução de despesas com pessoal**.

A análise detalhada das características jurídicas do regime aplicável aos estatutários será realizada nos itens seguintes deste capítulo.

Aos servidores públicos estatutários são garantidos os seguintes direitos trabalhistas (art. 39, § 3º, da CF):

a) salário mínimo;

b) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

c) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

d) salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

e) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

f) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

g) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

h) gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

i) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de seis meses;

j) licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

k) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

l) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

m) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

9.7 EMPREGADOS PÚBLICOS

Ao regime tipicamente público dos servidores estatutários, opõe-se o **regime essencialmente privado** dos empregados públicos.

Os empregados públicos ingressam por meio de **concurso público** para ocupar **empregos públicos**, tendo uma **vinculação contratual** com o Estado regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Por isso, são conhecidos como "celetistas".

O regime de emprego público é **menos protetivo** do que o regime estatutário de cargo público e está constitucionalmente definido como o sistema de contratação a ser utilizado nas **pessoas jurídicas de direito privado** da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e consórcios privados. Além das pessoas de direito privado, admite-se contratação por regime de emprego também nas pessoas jurídicas de direito público, desde que para **funções materiais subalternas**.[2] É possível encontrar também empregados públicos em pessoas jurídicas de direito público **contratados antes da Constituição Federal de 1988**, quando não havia tanta restrição ao uso do regime de emprego.

Importante destacar que a Emenda Constitucional n. 19/98 alterou a redação do art. 39 da Constituição, permitindo ao legislador escolher entre os regimes de cargo ou de emprego, independentemente da natureza jurídica da entidade contratante. Entretanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135/4, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar suspendendo a nova redação da norma, de modo a restabelecer o regime de cargo como predominante nas contratações para pessoas jurídicas de direito público da Administração.

Após a posse, os empregados públicos não têm estágio probatório, mas se sujeitam ao **período de experiência** com duração **de noventa dias**, previsto no art. 455, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os empregados públicos não têm a estabilidade típica do regime estatutário. Entretanto, isso não quer dizer que o empregado público possa ser demitido livremente, como um empregado comum. A totalidade da doutrina administrativista entende que os empregados públicos somente podem sofrer **demissão motivada** e após regular **processo administrativo**, observadas as garantias do **contraditório** e da **ampla defesa**. Constitui absurdo impensável admitir que o empregado público ingressa na função mediante concurso público e pode ser demitido sem justa causa. A demissão imotivada, comum na iniciativa privada, é incompatível com os princípios administrativos da obrigatória motivação, impessoalidade, finalidade,

---

2 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 129.

legalidade, moralidade, entre outros. Isso porque o regime aplicado ao emprego público é predominantemente privado, mas **não exclusivamente privado**, sofrendo marcante influência de princípios e normas do Direito Administrativo derrogatórios do regime empregatício privado. Os principais aspectos do regime de emprego, influenciados pelas regras públicas, relacionam-se com a entrada e a saída na função, ou seja, quanto às exigências, respectivamente, de concurso público para ingresso e de processo administrativo para demissão. Essas duas características especiais não se aplicam às vinculações empregatícias comuns da iniciativa privada.

Entretanto, o **Tribunal Superior do Trabalho** tradicionalmente tem se posicionado pela possibilidade de **dispensa imotivada de empregados públicos**, aplicando sem qualquer alteração os dispositivos comuns da Consolidação das Leis do Trabalho sobre demissão de empregados privados. Assim, editou a esdrúxula **Súmula n. 390** com o seguinte teor: "Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988". No mesmo sentido, expediu ainda a hoje alterada **Orientação Jurisprudencial n. 247**: "Servidor público. Celetista Concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade".

Porém, **em 13 de novembro de 2007**, baixou, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, a **Resolução n. 143**, alterando a redação da Orientação Jurisprudencial n. 247, que passou a vigorar com o seguinte conteúdo:

"SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade.

2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais".

Assim, no caso específico dos empregados da ECT, por ser empresa pública prestadora de serviço público, o Tribunal Superior do Trabalho passou a considerar obrigatória a motivação do ato de despedida de seus empregados. A tendência, portanto, é que o Tribunal estenda tal orientação a todos os empregados das prestadoras de serviços públicos. Esse constitui importante passo para reforma do absurdo entendimento do TST sobre a forma de dispensa dos empregados públicos.

9.8 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO (AGENTES HONORÍFICOS)

A prova da OAB Nacional 2007.1 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Os particulares em colaboração com o poder público são considerados servidores públicos".

Os particulares em colaboração com a Administração constituem uma classe de agentes públicos, em regra, **sem vinculação permanente e remunerada** com o **Estado**.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, são chamados também de "**agentes honoríficos**", exercendo função pública sem serem servidores públicos.[3] Essa categoria de agentes públicos é composta, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,[4] por:

a) **requisitados de serviço:** como mesários e convocados para o serviço militar (conscritos);

b) **gestores de negócios públicos:** são particulares que assumem espontaneamente uma tarefa pública, em situações emergenciais, quando o Estado não está presente para proteger o interesse público. Exemplo: socorrista de parturiente;

c) **contratados por locação civil de serviços:** é o caso, por exemplo, de jurista famoso contratado para emitir um parecer;

d) **concessionários e permissionários:** exercem função pública por delegação estatal;

e) **delegados de função ou ofício público:** é o caso dos titulares de cartórios.

Importante destacar que os particulares em colaboração com a Administração, mesmo atuando temporariamente e sem remuneração, podem praticar ato de improbidade administrativa (art. 2º da Lei n. 8.429/92).

9.9 ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

Em regra, o ordenamento jurídico brasileiro **proíbe a acumulação remunerada de cargos** ou empregos públicos. Porém, a Constituição Federal prevê um **rol taxativo** de casos excepcionais em que a **acumulação é permitida**. Importantíssimo destacar que, em qualquer hipótese, a acumulação só será permitida se houver **compatibilidade de horários** e observado o **limite máximo de dois cargos**.

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "As exceções à regra da vedação de acumulação de cargos públicos, previstas na Constituição Federal, são taxativas".

As únicas hipóteses de acumulação constitucionalmente autorizadas são:

a) a de dois cargos de professor (art. 37, XVI, *a*);

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 37, XVI, *b*);

c) a de **dois cargos** ou empregos privativos de profissionais de **saúde**, com profissões regulamentadas (art. 37, XVI, *c*);

A prova da OAB Nacional 2007.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "É possível a acumulação remunerada de dois cargos de enfermeiro".

d) a de um cargo de vereador com outro cargo, emprego ou função pública (art. 38, III);

e) a de um cargo de magistrado com outro no magistério (art. 95, parágrafo único, I);

f) a de um cargo de membro do Ministério Público com outro no **magistério** (art. 128, § 5º, II, *d*).

A 43ª prova do MP/MG considerou CORRETA a assertiva: "O Promotor de Justiça, ainda que em disponibilidade, não pode exercer nenhuma outra função pública, salvo uma de magistério".

---

3 *Direito administrativo brasileiro*, p. 79.

4 *Curso de direito administrativo*, p. 250.

A prova da OAB Nacional 2007.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Somente é possível a acumulação de cargos públicos se um deles não for remunerado, como nos serviços voluntários".

A prova de Técnico Judiciário do TRT do Maranhão elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Apesar de a Lei n. 8.112/90 ser aplicável aos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais, ela prevê expressamente que a vedação de acumular cargos, empregos e funções estende-se aos empregados das empresas públicas estaduais".

A proibição de **acumular cargos** atinge também empregos e funções públicas na Administração Pública indireta, isto é, nas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais, bem como nas suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder **público**.

É relevante destacar que o art. 118 da Lei n. 8.112/90, em que pese ser esta uma lei aplicável somente ao âmbito da União, estende a proibição de acumular **cargos ou empregos públicos** às entidades da administração indireta do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos **Municípios**.

9.10 CONCURSO PÚBLICO

Concurso público é o **procedimento administrativo** instaurado pelo Poder Público para selecionar os candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos. A realização de concurso público é um imperativo dos princípios da **isonomia, impessoalidade, moralidade** e **legalidade**, entre outros, minimizando os riscos de contratações baseadas em preferências pessoais ou interesses ilegítimos.

O art. 37, II, da Constituição Federal determina que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em **lei**, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

A 43ª prova do MP/MG considerou INCORRETA a assertiva: "A obrigatoriedade de submissão prévia a concurso público para ingresso na Administração Pública é uma regra autoaplicável, em face do que dispõe a Constituição Federal".

Assim, a norma constitucional considera **obrigatória a realização de concurso público** como condição prévia ao provimento de **cargos** e **empregos públicos**, admitindo, entretanto, a possibilidade de a legislação definir os cargos em comissão cuja nomeação independa de concurso público. A exigência de concurso, desse modo, não se aplica aos cargos em comissão nem aos contratados temporários. Exceção também à obrigatoriedade de concurso público ocorre na **contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias**, prevista agora no art. 198, § 4º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda n. 51/2006. Nessas hipóteses, a contratação será promovida após a realização de **processo seletivo público**, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

A norma prevista no art. 37, II, da Constituição Federal faz referência a **dois tipos de concurso público**: o de provas e o de provas e títulos.

O **concurso de provas** deve ser utilizado para cargos e empregos que envolvam, como regra, atribuições de **menor complexidade** em que predominam tarefas materiais sem natureza intelectual, tais como vigias escolares e varredores de ruas. Nada impede, porém, que o concurso de provas seja usado para provimento de cargos ou empregos de atribuições de média complexidade, se tal medida mostrar-se conveniente ao interesse público. O único critério utilizado para estabelecer a ordem classificatória entre os candidatos é o desempenho nas provas escritas, cujo teor deverá abordar basicamente conhecimentos gerais.

Já no **concurso de provas e títulos**, a ordem classificatória é determinada pela ponderação entre o resultado nas provas e a pontuação atribuída aos títulos indicados no edital. Normalmente, os concursos de provas e títulos são realizados para o provimento de cargos ou empregos públicos com **atribuições de maior complexidade**, exigindo conhecimentos técnicos especializados.

Importante destacar que a Constituição de 1988 **não admite concurso público exclusivamente de títulos**, sistema de seleção hoje **ilegítimo**, mas que já foi aceito em nosso ordenamento.

A prova de Técnico da Área Administrativa do TRT do Rio de Janeiro elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O concurso de títulos, mediante seleção por currículos, para provimento de cargo isolado, terá validade de um ano, prorrogável por igual período".

É fácil notar que o Texto Maior impede que alguém ocupe cargo público sem ter sido aprovado no respectivo concurso e, ao mesmo tempo, proíbe também que um servidor público investido para exercer determinado cargo passe a ocupar outro cargo em carreira diversa daquela para a qual foi aprovado em concurso público. Nesse sentido, estabelece a Súmula n. 685 do Supremo Tribunal Federal: "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

Bastante discutida na jurisprudência é a possibilidade de utilização de **exames psicotécnicos** como requisito de habilitação de candidato para o preenchimento de cargo público. Segundo a **Súmula n. 686** do Supremo Tribunal Federal, **somente com previsão em lei** pode-se sujeitar a exame psicotécnico o candidato a cargo público. Em qualquer caso, a realização do exame psicotécnico deve pautar-se por critérios objetivos, garantida a possibilidade de reexame quanto ao resultado da avaliação.

Duas outras Súmulas do STF são pertinentes ao tema dos concursos públicos:

Súmula n. 683: "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido";

Súmula n. 684: "É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público".

Quanto ao momento para exigir diploma ou habilitação profissional, determina a Súmula n. 266 do Superior Tribunal de Justiça: "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público".

A prova de Analista da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "O prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período".

Quanto à **validade do concurso**, nos termos do art. 37, III, da Constituição Federal, será de **até dois anos, prorrogável** uma única vez **por igual período**. Com igual teor, o art. 12 da Lei n. 8.112/90: "O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período".

O prazo de validade deve ser **contado** a partir **da data de homologação do concurso**.

Assim, nada impede que o edital estabeleça um prazo de validade inferior a dois anos. O prazo de validade fixado no edital vincula o período de prorrogação. Assim, por exemplo, pode o edital definir a validade do concurso como de 18 meses. Nesse caso, a única prorrogação possível será obrigatoriamente também de 18 meses.

A 10ª prova do Ministério Público Militar considerou INCORRETA a assertiva: "Se o interesse público exigir, poder-se-á abrir novo concurso mesmo se ainda houver candidato aprovado e não nomeado em concurso anterior com prazo de validade não expirado".

Segundo o que estabelece o art. 12, § 2º, da Lei n. 8.112/90, "não será aberto novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com **prazo de validade não expirado**".

Na verdade, a melhor interpretação dessa norma, à luz do disposto no regime constitucional vigente, impõe a conclusão de que um novo concurso pode ser aberto, contanto que os candidatos já aprovados tenham prioridade sobre os novos aprovados. Essa conclusão pode ser extraída do teor do art. 37, IV, da Constituição Federal: "durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele **aprovado em concurso público** de provas ou de provas e títulos **será convocado com prioridade sobre novos concursados** para assumir cargo ou emprego, na carreira".

Tradicionalmente, a doutrina pátria sempre sustentou que a **aprovação em concurso público** gera ao candidato somente **expectativa de direito**, e não direito adquirido à posse no cargo. Tal expectativa de direito transforma-se em verdadeiro **direito à posse** somente nas hipóteses de **preterição da ordem** classificatória ou de **contratação temporária** de pessoal em cargo para cujo provimento ainda haja candidato aprovado. Esse é o teor da Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação".

Entretanto, a Sexta Turma do **Superior Tribunal de Justiça**, no julgamento do RMS 20.718 de 8-2-2008, firmou o entendimento de que candidato aprovado em concurso público **dentro do número de vagas** anunciadas no edital possui **direito subjetivo, líquido e certo à nomeação**. Esse dever de contratar, quando o edital anuncia o número de vagas, é uma imposição dos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé.

Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 581.113/SC, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, a 1ª Turma do **Supremo Tribunal Federal** reconheceu o **direito adquirido à nomeação** de candidatos aprovados **quando ocorre requisição de servidores** para exercício da mesma função a ser provida pelo concurso.

Convém transcrever interessante trecho do Informativo n. 622/STF, publicado em 19 de abril de 2011 no site www.stf.jus.br, reunindo argumentos utilizados pelos ministros do STF favoráveis ao direito à nomeação:

"Por reputar haver direito subjetivo à nomeação, a 1ª Turma proveu recurso extraordinário para conceder a segurança impetrada pelos recorrentes, determinando ao Tribunal Regional Eleitoral catarinense que proceda as suas nomeações, nos cargos para os quais regularmente aprovados, dentro do número de vagas existentes até o encerramento do prazo de validade do concurso. Na espécie, fora publicado edital para concurso público destinado ao provimento de cargos do quadro permanente de pessoal, bem assim à formação de cadastro de reserva para preenchimento de vagas que surgissem até o seu prazo final de validade. Em 20.2.2004, fora editada a Lei 10.842/2004, que criara novas vagas, autorizadas para provimento nos anos de 2004, 2005 e 2006, de maneira escalonada. O prazo de validade do certame escoara em 6.4.2004, sem prorrogação. Afastou-se a discricionariedade aludida pelo tribunal regional, que aguardara expirar o prazo de validade do concurso sem nomeação de candidatos, sob o fundamento de que se estaria em ano eleitoral e os servidores requisitados possuiriam experiência em eleições anteriores. Reconheceu-se haver a necessidade de convocação dos aprovados no momento em que a lei fora sancionada. Observou-se que não se estaria a deferir a dilação da validade do certame. Mencionou-se que entendimento similar fora adotado em caso relativo ao Estado do Rio de Janeiro. O Min. Luiz Fux ressaltou que a vinculação da Administração Pública à lei seria a base da própria cidadania. O Min. Marco Aurélio apontou, ainda, que seria da própria dignidade do homem. O Min. Ricardo Lewandowski acentuou que a Administração sujeitar-se-ia não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao da economicidade e da eficiência. A Min. Cármen Lúcia ponderou que esse direito dos candidatos não seria absoluto, surgiria quando demonstrada a necessidade pela Administração Pública, o que, na situação dos autos, ocorrera com a requisição de servidores para prestar serviços naquele Tribunal".

No mesmo sentido, o **Conselho Nacional de Justiça**, no julgamento do Pedido de Providências n. 5662-23.2010.2.00, firmou o entendimento de reconhecer **direito subjetivo à nomeação** aos candidatos **aprovados fora do número de vagas** quando o órgão público manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. "A nova manifestação do CNJ não afasta essa jurisprudência pacificada. Apenas trata de uma situação específica – quando o Tribunal externa a necessidade de provimento de novas vagas, nomeando candidatos aprovados fora do número de vagas, mas nem todos esses candidatos assumem o cargo, em razão

de desistência. Neste caso, o entendimento adotado é que os candidatos subsequentes terão direito à nomeação, de forma proporcional aos candidatos desistentes. Destacou-se, no julgamento, que idêntico posicionamento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em recente julgado de relatoria da Ministra Eliana Calmon (RMS 32.105/DF)".[5]

Portanto, é preciso ter cautela para não enxergar nessas tendências jurisprudenciais uma mudança integral na orientação majoritária dos nossos tribunais sobre o tema. Ainda predomina a visão tradicional, segundo a qual a aprovação em concurso gera mera expectativa de direito à nomeação, exceto quando, por ato inequívoco, tornar-se incontestável a necessidade do preenchimento de novas vagas. Essa é a posição mais segura, por enquanto, para ser sustentada em provas e concursos públicos.

9.10.1 Concurso público e teoria da perda da chance

No julgamento do AgRg no REsp 1.220.911-RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, em 17/3/2011, a 2ª turma do STJ afastou a aplicação da teoria da perda da chance a um candidato que pleiteou pagamento de indenização por ter sido reprovado indevidamente no exame psicotécnico do concurso para a Polícia Rodoviária Federal. "De acordo com o Min. Relator, tal teoria exige que o ato ilícito implique perda da oportunidade de o lesado obter situação futura melhor, desde que a chance seja real, séria e lhe proporcione efetiva condição pessoal de concorrer a essa situação. No entanto, salientou que, *in casu*, o candidato recorrente foi aprovado apenas na primeira fase da primeira etapa do certame, não sendo possível estimar sua probabilidade em ser, além de aprovado ao final do processo, também classificado dentro da quantidade de vagas estabelecidas no edital" (Informativo n. 466 do STJ).

9.11 RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

A 179ª prova da Magistratura/SP considerou INCORRETA a afirmação: "A Administração Pública pode reservar, por decreto, percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, com base na discricionariedade".

Em atenção ao princípio da isonomia, o art. 37, § 8º, da Constituição Federal prescreve que a **lei** reservará **percentual** dos cargos e empregos públicos **para os portadores de deficiência** e definirá os critérios de sua admissão.

Regulamentando o referido dispositivo, o art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90 determina que portadores de deficiência têm **assegurado o direito de inscrição** em concurso público para provimento **de cargo de atribuições compatíveis com sua deficiência**. Para tanto, a lei afirma que serão reservadas aos portadores de deficiência **até 20% das vagas** oferecidas no concurso.

---

[5] Notícias no Portal do CNJ (www.cnj.jus.br): "Candidatos aprovados fora de vagas têm direito à nomeação em caso de necessidade do tribunal".

O objetivo do constituinte foi estabelecer uma espécie de "reserva de mercado", criando condições para os portadores de deficiência disputarem vagas no serviço público. A reserva de vagas é, assim, um desdobramento da proibição de discriminação contra o trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, da CF).

Importante frisar que os portadores de deficiência não estão excluídos da necessidade de aprovação em concurso público para tomar posse em cargos ou empregos públicos. O edital, desse modo, deve estabelecer as regras para que os portadores de deficiência participem do concurso público concorrendo a vagas disputadas somente entre portadores de deficiência. Não havendo nenhum aprovado, as vagas reservadas são revertidas para os não deficientes.

Como a Lei n. 8.112/90 fala na reserva de "até 20%", conclui-se que, se o edital anunciar menos de cinco vagas a serem preenchidas, fica vedada a reserva de vagas aos portadores de deficiência. Isso porque, havendo somente uma, duas, três ou quatro vagas, a aplicação do percentual de 20% resultará em fração inferior a uma vaga.

9.11.1 Arredondamento de vagas

O Decreto n. 3.298/99, que regulamenta a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, estabelece diversas regras aplicáveis aos portadores de deficiência em concursos públicos. Como se trata de um decreto presidencial, seus dispositivos têm **aplicação exclusiva aos concursos públicos federais**.

De acordo com os §§ 1º e 2º do art. 37 do Decreto, o candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo **reservado no mínimo o percentual de 5%** em face da classificação obtida. Caso a aplicação do percentual de que trata a frase anterior resulte em **número fracionado**, este deverá ser **elevado até o primeiro número inteiro subsequente**.

O referido percentual mínimo não se aplica: a) a cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração; b) a cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato (art. 38).

Candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para realização das provas deverá requerê-lo, com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital do concurso (art. 40, § 2º).

A pessoa portadora de deficiência participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne: a) ao conteúdo das provas; b) à avaliação e aos critérios de aprovação; c) ao horário e ao local de aplicação das provas; e d) à nota mínima exigida para todos os demais candidatos (art. 41).

A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos (art. 42).

9.12 ANÁLISE DO REGIME ESTATUTÁRIO FEDERAL (LEI N. 8.112/90)

A Lei n. 8.112, de 11-12-1990, institui o "regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais", sendo conhecida como **Estatuto do Servidor Público Federal**.

Trata-se de lei aplicável somente no **âmbito federal**, sujeitando especificamente os ocupantes de cargos públicos e cargos em comissão da União, bem como suas pessoas jurídicas de direito público, isto é, as **autarquias, fundações públicas, agências reguladoras** e **associações públicas federais**.

Quanto aos ocupantes de cargos públicos estaduais, distritais e municipais, suas regras de atuação devem ser estabelecidas em leis próprias promulgadas em cada uma das esferas federativas.

Em provas e concursos, as perguntas sobre a Lei n. 8.112/90 cobram essencialmente o conhecimento sobre a literalidade dos dispositivos previstos no Estatuto. Assim, o estudo feito nos itens subsequentes, em vários pontos, reduz-se a uma organização das diversas normas presentes na Lei n. 8.112/90.

9.12.1 Linha do tempo

Os diversos institutos disciplinados pelo Estatuto do Servidor Público Federal formam uma sequência encadeada de eventos que, juntos, expressam como se dá a vida funcional de um servidor estatutário da União.

Assim, é possível resumir os sucessivos momentos dessa vida funcional em um instrumento didático denominado linha do tempo, nos seguintes termos:

Concurso → aprovação → provimento → posse → exercício → estágio probatório → confirmação → estabilidade → saída do cargo

Como o tema do concurso público foi tratado em item anterior, iremos analisar o itinerário funcional do servidor estatutário a partir do provimento.

9.12.2 Conceito de cargo público e provimento

Cargo público é o **conjunto de atribuições e responsabilidades** previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor, sendo criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (art. 3º da Lei n. 8.112/90). Estando o cargo vago, poderá ser **extinto por decreto** (art. 84, VI, da CF).

A prova da OAB/MG considerou CORRETA a afirmação: "Os cargos públicos no âmbito do Poder Executivo são criados por lei e podem ser extintos por decreto, se vagos".

Servidor público, de acordo com o art. 2º da Lei n. 8.112/90, é a **pessoa legalmente investida** em cargo público.

Para ocupar um cargo público, o ordenamento jurídico exige que ocorra o **provimento**, isto é, que seja praticado um **ato administrativo constitutivo** hábil a promover o ingresso no cargo.

Existem **diversos tipos** de provimento:

a) quanto à durabilidade: o provimento pode ser: 1) **de caráter efetivo**, quando relacionado a cargo público permanente, que garanta estabilidade ou vitaliciedade ao seu titular; ou 2) **em comissão**, quando promova o ingresso em cargo público destituído de estabilidade, podendo o servidor ser exonerado *ad nutum*;

b) quanto à preexistência de vínculo: o provimento pode ser: 1) **originário**: é o tipo de provimento que não depende de vinculação jurídica anterior com o Estado. Exemplo: **nomeação** em caráter efetivo; 2) **derivado**: constitui o provimento que pressupõe relação jurídica anterior com o Estado. Exemplos: **promoção**, **remoção**, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução.

A prova de Delegado de Polícia/SC considerou CORRETA a assertiva: "A investidura derivada depende de vinculação anterior ao serviço público, tendo por exemplo a remoção".

O provimento dos cargos públicos é sempre realizado mediante ato da autoridade competente dentro do respectivo Poder. A **investidura** em cargo público ocorre com a **posse**.

A 47ª prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a afirmação: "Dar-se-á o provimento de cargo público com a posse".

São **requisitos básicos para investidura** em cargo público:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o gozo dos direitos políticos;

III – a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV – o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V – a idade mínima de 18 anos;

VI – aptidão física e mental.

O art. 8º da Lei n. 8.112/90 faz referência a sete **formas de provimento**: a) nomeação; b) promoção; c) readaptação; d) reversão; e) aproveitamento; f) reintegração; g) recondução.

9.12.2.1 Nomeação

A nomeação em caráter efetivo é a única forma de **provimento originário** na medida em que não depende de prévia relação jurídica do servidor com o Estado, dependendo sempre de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.

Nos termos do art. 9º da Lei n. 8.112/90, a nomeação poderá ser promovida:

I – em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;

II – em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos.

Evidentemente, a nomeação para cargo em comissão também possui caráter originário, pois independe de vínculo anterior com o Estado.

O Estatuto admite que servidor comissionado seja nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, caso em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade.

9.12.2.2 Promoção

A promoção é uma forma de **provimento derivado**, pois só pode favorecer os servidores públicos que já ocupam cargos públicos em caráter efetivo.

Além da aprovação em concurso público, os demais requisitos para o ingresso e o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal e seus regulamentos (art. 10, parágrafo único, da Lei n. 8.112/90).

9.12.2.3 Readaptação

A readaptação é uma espécie de **provimento derivado**, consistente na **investidura** do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a **limitação que tenha sofrido** em sua capacidade física ou mental, verificada em **inspeção médica** (art. 24 do Estatuto).

A prova de Oficial de Execução de Mandados do TRT do Amazonas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "A investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, verificada em inspeção médica, dar-se-á mediante readaptação".

É o caso, por exemplo, do motorista de caminhão da prefeitura que, após acidente causador de deficiência visual parcial, é readaptado para a função de auxiliar de garagem.

O reenquadramento do servidor readaptando será realizado em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

Na hipótese de o readaptando, diante da gravidade de sua limitação, ser julgado incapaz para o serviço público, ele será aposentado.

9.12.2.4 Reversão

A reversão é uma espécie de **provimento derivado** decorrente do **retorno à atividade de servidor aposentado por invalidez**, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da **aposentadoria**; **ou no interesse da Administração**, desde que: a) tenha solicitado a reversão; b) a aposentadoria tenha sido voluntária; c) estável quando na atividade; d) a aposentadoria tenha

A prova da PFN elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "O retorno à atividade, no interesse da Administração, somente será possível se a aposentadoria tiver sido voluntária".

ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação;
e) haja **cargo vago** (art. 25 do Estatuto).

A prova de Analista Administrativo do TRT do Amazonas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Afrodite, servidora pública, aposentada por invalidez quando do exercício de suas funções perante o tribunal Regional do Trabalho, da 11ª Região, ao ser submetida à junta médica oficial, cujo laudo declarou insubsistentes os motivos da aposentadoria, retornará à atividade mediante ato de reversão".

A Lei n. 8.112/90 tem uma disciplina bastante detalhada sobre a reversão, merecendo destaque as seguintes normas (arts. 25 a 27):

1) a reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação;

2) o tempo em que o servidor estiver em exercício será considerado para concessão da aposentadoria;

3) declarados insubsistentes os motivos da aposentadoria por invalidez, encontrando-se provido o cargo, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga;

4) o servidor que retornar à atividade por interesse da administração perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à **aposentadoria**;

A prova da PFN elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "O servidor que retornar à atividade por interesse da administração perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à aposentadoria".

5) o servidor de que trata o inciso II somente terá os proventos calculados com base nas regras atuais se permanecer pelo menos cinco anos no cargo;

6) não poderá reverter o aposentado que já tiver completado 70 anos de idade.

9.12.2.5 Aproveitamento

O aproveitamento é um tipo de **provimento derivado** que consiste no **retorno do servidor em disponibilidade**, sendo obrigatório seu regresso em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com os do anteriormente ocupado (art. 30 da Lei n. 8.112/90).

O órgão Central do Sistema de Pessoal Civil determinará o imediato aproveitamento de servidor disponível em vaga que vier a ocorrer nos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal.

No caso de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, havendo extinção do cargo ou declarada a desnecessidade do órgão ou entidade, o servidor posto em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC, até o seu adequado aproveitamento em outro órgão ou **entidade**.

A prova de Agente Fiscal do Tesouro Nacional elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Até que seja adequadamente aproveitado em outro cargo, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, quando o cargo que ocupar for declarado desnecessário ou extinto".

Será tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade se o servidor não entrar em exercício no prazo legal, salvo doença comprovada por junta médica oficial (art. 32).

9.12.2.6 Reintegração

A reintegração é uma modalidade de **provimento derivado** que ocorre pela **reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado**, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens (art. 28 da Lei n. 8.112/90).

Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, podendo haver seu aproveitamento em outro cargo, respeitadas as regras sobre aproveitamento indicadas no item anterior.

A prova de Procurador do INSS elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O servidor reintegrado exercerá as atividades como excedente, na hipótese de encontrar-se provido o cargo".

Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização, ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em **disponibilidade**.

9.12.2.7 Recondução

A recondução é a forma de **provimento derivado**, consistente no **retorno do servidor estável ao cargo** anteriormente ocupado, e decorrerá de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou reintegração do anterior ocupante (art. 29 da Lei n. 8.112/90).

Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro.

9.12.3 Posse

A posse no cargo público ocorre, nos termos do art. 13 da Lei n. 8.112/90, pela assinatura do **termo de posse**, no qual deverão constar as atribuições, deveres, responsabilidades e direitos inerentes ao cargo que não poderão ser unilateralmente alterados.

A prova de Analista Judiciário do TRT de Goiás elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "De acordo com a Lei que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, os prazos para o funcionário público nomeado para cargo efetivo tomar posse e entrar em exercício são, respectivamente, de 30 e 15 dias".

O **prazo** para posse é de **trinta dias** contados da publicação do ato de provimento, podendo dar-se por **procuração específica**. Só poderá ser empossado aquele que for julgado, conforme **prévia inspeção médica** oficial, apto física e mentalmente.

9.12.4 Exercício

Após a realização de concurso público, a aprovação, o provimento e a posse, o servidor entra em exercício. Exercício é o **início efetivo do desempenho das atribuições** do cargo ou da função de confiança.

O servidor empossado tem o **prazo de quinze dias** para entrar em exercício (art. 15, § 1º, da Lei n. 8.112/90), contados da data da posse, sob pena de ser exonerado do cargo ou de tornar-se sem efeito sua designação para função de confiança.

A prova de Analista da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Determinado concurso público, destinado a selecionar candidatos a cargos públicos na Administração Federal, teve seu edital publicado em 02/01/2006, com prazo de validade de um ano, prorrogável por igual período. O concurso foi homologado em 03/03/2006. Não houve prorrogação. Determinado candidato aprovado foi nomeado em 01/03/2007, respeitada a ordem de sua classificação. A posse deu-se 30 dias depois da nomeação. O exercício ocorreu 15 dias depois da posse. Baseado nos fatos acima narrados pode-se dizer que a nomeação é válida".

Na hipótese de servidor que deva ter **exercício em outro município** em razão de ter sido removido, redistribuído, requisitado, cedido ou posto em exercício provisório terá, no mínimo, dez e, no máximo, trinta dias de prazo, contados da publicação do ato, para a retomada do efetivo desempenho das atribuições do cargo, incluído nesse prazo o tempo necessário para o deslocamento à nova sede (art. 18 da Lei n. 8.112/90).

9.12.5 Estágio probatório

No exato momento em que entra em exercício, o servidor ocupante de cargo efetivo ou vitalício inicia o estágio probatório, um **período de avaliação** durante o qual deverá demonstrar aptidão e capacidade para o exercício do cargo, observados os **fatores**:

a) **assiduidade**;
b) **disciplina**;
c) **capacidade de iniciativa**;
d) **produtividade**;
e) **responsabilidade**.

Durante o período de estágio probatório, o servidor poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou função de direção, chefia ou assessoramento, desde que **no mesmo órgão ou entidade**.

No caso dos três únicos **cargos públicos vitalícios** existentes no Brasil – magistrados, membro do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas –, o estágio probatório tem duração de **dois anos**, após os quais o servidor adquire vitaliciedade, só podendo perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado.

Quanto aos **cargos efetivos**, a duração do estágio probatório envolve importante **controvérsia**.

O texto original do art. 41 da Constituição de 1988 afirmava: "São **estáveis**, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público". Na esteira do Texto Constitucional, foi promulgada em 1990 a Lei n. 8.112, cujo art. 20 prescreve: "Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a **estágio probatório** por período de 24 (vinte e quatro) meses".

Por um descuido terminológico, a Constituição mencionava o prazo de dois anos "para estabilidade", enquanto o Estatuto fazia referência ao prazo de vinte e quatro meses "de estágio probatório". Como os prazos eram idênticos, embora um contado em anos e outro, em meses, não havia dúvida quanto a isto: o servidor passava por estágio probatório por dois anos (ou vinte e quatro meses, na linguagem do Estatuto), após o qual, confirmado na carreira, adquiriria estabilidade imediatamente. A duração do estágio probatório coincidia com o período de estabilidade porque, evidentemente, uma coisa está vinculada à outra.

Ocorre que, no ano de 1998, foi promulgada a **Emenda Constitucional n. 19** que, entre outras novidades, modificou a redação do art. 41 da Constituição, **ampliando para três anos** o período para o servidor adquirir estabilidade. A melhor doutrina sempre considerou que o novo prazo trienal implicava imediata ampliação, também para três anos, na duração do estágio probatório, derrogando o disposto no art. 20 da Lei n. 8.112/90. Entretanto, alguns entendimentos minoritários passaram a sustentar a tese absurda de que o estágio probatório continuaria sendo de vinte e quatro meses (Estatuto), mas a estabilidade somente seria alcançada após três anos (Emenda n. 19), de modo que, mesmo encerrado o período do estágio probatório, o servidor permaneceria mais um ano até adquirir estabilidade. Esse inaceitável ponto de vista criou um ano, o terceiro após a posse, de "limbo", em que o servidor supera o estágio probatório, mas não é ainda estável.

Em 14-5-2008, foi editada a Medida Provisória n. 431, que introduziu diversas alterações no Estatuto, entre elas a correção da redação do art. 20 da Lei n. 8.112/90, alterando a duração do estágio probatório para trinta e seis meses. Entretanto, ao ser convertida a MP na Lei n. 11.784, de 22-9-2008, o legislador esqueceu de fazer referência à atualização na redação do art. 20 do Estatuto, de modo que, incrivelmente, o seu teor atual continua falando em vinte e quatro meses.

A despeito de toda controvérsia, a **corrente majoritária** sustenta que a duração atual do **estágio probatório é de três anos**, ou trinta e seis meses, mesmo período exigido para o servidor ocupante de cargo efetivo adquirir **estabilidade**.

A 86ª prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a assertiva: "O servidor público que, após regular concurso, é nomeado para cargo de provimento efetivo adquire estabilidade após dois anos de exercício".

Exceção feita aos cargos vitalícios, cujo estágio probatório sempre foi indubitavelmente de dois anos. Para a melhor doutrina, desde a promulgação da Emenda n. 19, em 4-6-1998, a duração do estágio probatório e o período para aquisição de estabilidade foram simultaneamente ampliados de dois para três anos.

Outra coisa. Durante o estágio probatório, o servidor somente terá direito a **licenças e afastamentos** nas seguintes hipóteses (art. 20, § 4º, da Lei n. 8.112/90):

1) licença por motivo de doença em pessoa da família;

2) licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;

3) licença para o serviço militar;

4) licença para atividade política;

5) afastamento para Exercício de Mandato Eletivo;

6) afastamento para Estudo ou Missão no Exterior;

7) afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere;

8) afastamento para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na Administração Pública Federal.

É nula a **dispensa de servidor** em estágio probatório sem o devido processo administrativo com garantia de contraditório e ampla **defesa**.

A 177ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "É nula a dispensa de servidor público em estágio probatório, sem o regular processo administrativo".

9.12.6 Confirmação

Cada órgão ou entidade pública deverá formar uma comissão instituída especificamente com a finalidade de realizar a **avaliação especial de desempenho** dos servidores em estágio probatório, nos termos do que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou **cargo** (art. 41, § 4º, da CF). Quatro meses antes de encerrado o período de estágio probatório, a avaliação será remetida à autoridade competente para homologação. Sendo a decisão favorável ao servidor, este é confirmado na carreira. O **servidor não aprovado** em estágio probatório **será exonerado**. Entretanto, se o servidor já tiver estabilidade garantida em outro cargo, o art. 20, § 2º, da Lei n. 8.112/90 afirma que o servidor será reconduzido ao cargo anteriormente ocupado. Por força dessa regra, evita-se que o servidor estável deixe de tomar posse em cargo melhor por receio de não ser confirmado no estágio probatório. Por isso, se não for aprovado no estágio probatório do cargo novo, pode regressar ao seu cargo estável anterior.

A prova de Agente Fiscal do Tesouro Nacional elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a assertiva: "A Constituição Federal faculta que a Administração adote o instrumento da avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade como condição para a aquisição da estabilidade".

9.12.7 Estabilidade

Com o encerramento do estágio probatório, e sendo confirmado na carreira, o servidor público adquire **direito à permanência no cargo**, ficando protegido contra exoneração *ad nutum*. A esse direito à permanência no cargo dá-se o nome de estabilidade.

A 4ª prova de Cartório/SP considerou CORRETA a assertiva: "A estabilidade no serviço público é garantia constitucional de permanência no serviço público".

O servidor estável só perderá o cargo em virtude de:

a) **sentença judicial** transitada em julgado;

b) **processo administrativo disciplinar** com garantia de ampla defesa;

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O servidor público estável pode perder o cargo mediante processo administrativo".

c) procedimento de **avaliação periódica de desempenho**, assegurada ampla defesa (art. 41, § 1º, III, da CF);

d) **redução de despesas** (art. 169, § 4º, da CF).

A possibilidade de perda do cargo para redução de receitas está prevista no art. 169, § 4º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, medida posteriormente regulamentada pela Lei Complementar n. 101/2000 – a Lei de Responsabilidade Fiscal. O objetivo dessas novas regras foi estabelecer mecanismos para diminuir as despesas públicas com o funcionalismo.

Essa novidade, de constitucionalidade bastante discutida, acrescentada pela Emenda n. 19/98, criou mais uma hipótese de perda do cargo, mas, de modo algum, significa o fim da estabilidade do servidor estatutário, como alguns chegaram a afirmar após a promulgação da emenda.

A Emenda n. 19/98 estabeleceu uma regra segundo a qual a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei (art. 169 da CF).

Nos termos do art. 19 da Lei Complementar n. 101/2000, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I – União: 50% (cinquenta por cento);

II – Estados: 60% (sessenta por cento);

III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

Ultrapassados esses limites, torna-se obrigatória a adoção de uma série de providências, sendo que a última delas é a exoneração de servidores estáveis.

Assim, para ser possível, nos termos da disciplina introduzida pela Emenda n. 19/98 e pela Lei Complementar n. 101/2000, a exoneração de servidores estáveis, com o objetivo de reduzir despesas, devem ser adotadas algumas medidas prévias:

1) suspensão de todos os repasses federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

2) redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

3) exoneração dos servidores não estáveis.

Se as medidas adotadas não forem suficientes para assegurar a recondução dos gastos aos patamares acima indicados, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que o **ato normativo motivado** de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

O servidor exonerado para redução de despesas fará jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, sendo o cargo objeto da redução considerado extinto (art. 169, §§ 5º e 6º, da CF).

9.12.7.1 Tipos de estabilidade (art. 19 do ADCT)

Além da estabilidade dos servidores estatutários estudada no item anterior, é importante fazer referência também à **estabilidade especial** conferida pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Segundo tal dispositivo, os **servidores públicos** civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação do Texto de 1988, **há pelo menos cinco anos continuados**, admitidos **sem concurso**, são considerados **estáveis no serviço público**. A regra não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de **livre exoneração** (art. 19, § 2º, do ADCT).

A prova da OAB Nacional 2009.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A estabilidade excepcional não foi concedida aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, além de não ter sido concedida, ainda, aos ocupantes de cargos declarados, por lei, de livre exoneração".

9.12.8 Saída do cargo

Basicamente, pode-se falar em três formas pelas quais o servidor público pode sair do cargo: exoneração, demissão e aposentadoria.

Exoneração é a saída **não punitiva** do servidor que deixa o cargo público. Pode ser voluntária, na hipótese de pedido formulado pelo próprio servidor, ou involuntária, quando o servidor não é confirmado ao final do estágio probatório.

Nos termos do art. 34 da Lei n. 8.112/90, a exoneração de cargo efetivo poderá dar-se a pedido do servidor ou de ofício. A exoneração de ofício ocorre: a) quando não satisfeitas as condições do estágio probatório; b) quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.

No caso da exoneração de cargo em comissão, a dispensa de função de confiança dar-se-á: a) a juízo da autoridade competente; b) a pedido do próprio servidor (art. 35 da Lei n. 8.112/90).

Já o termo **demissão** é utilizado pela legislação para designar a **saída punitiva compulsória** decorrente de uma decisão administrativa ou judicial, fundada em alguma infração funcional cometida pelo servidor.

A prova de Técnico do TRT da Paraíba elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "A demissão caracteriza-se como medida punitiva que proporciona o desligamento do servidor do quadro de pessoal da entidade a que se vincula".

A prova da OAB Nacional 2007.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A demissão de servidor público tem natureza punitiva, enquanto a exoneração não tem esse caráter".

Existe ainda a possibilidade de a saída ser devido à **aposentadoria** do servidor. Convém lembrar que a aposentadoria compulsória dos servidores públicos ocorre **aos setenta anos** de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, II, da CF). As demais hipóteses de aposentadoria serão estudadas adiante. Importante destacar que, para o Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria compulsória não se aplica aos titulares de cartórios e notários (ADIn 2.902, julgada em 29-11-2005).

9.13 VACÂNCIA

O art. 33 da Lei n. 8.112/90 faz referência às hipóteses em que ocorre a vacância de cargo público:

a) exoneração;

b) demissão;

c) promoção;

d) readaptação;

e) aposentadoria;

f) posse em outro cargo inacumulável;

g) falecimento.

9.14 REMOÇÃO

A prova de Delegado de Polícia/SC considerou CORRETA a assertiva: "A investidura derivada depende de vinculação anterior ao serviço público, tendo por exemplo a remoção".

Remoção é o **deslocamento do servidor**, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem **mudança de sede**. A remoção pode ser: a) **de ofício**: no interesse da Administração; b) **a pedido**, a critério da Administração ou, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração.

Pode ocorrer remoção a pedido, para outra localidade, nas seguintes hipóteses (art. 36, III, da Lei n. 8.112/90):

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

9.15 REDISTRIBUIÇÃO

A prova da PFN elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Entende-se a redistribuição como o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder".

Redistribuição é o **deslocamento de cargo** de provimento efetivo para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, observados os preceitos de:

I – interesse da administração;

II – equivalência de vencimentos;

III – manutenção da essência das atribuições do cargo;

IV – vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;

V – mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;

VI – compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

9.16 DIREITOS E VANTAGENS DO SERVIDOR

A Lei n. 8.112/90 elenca diversos direitos e vantagens do servidor público, incluindo: a) vencimento; b) indenizações; c) gratificações; d) diárias; e) adicionais; f) férias; g) licenças; h) concessões; e i) direito de petição.

Convém analisar o resumo da disciplina normativa de cada uma dessas categorias.

9.17 VENCIMENTO E REMUNERAÇÃO

Os arts. 40 e 41 do Estatuto do Servidor Público diferenciam vencimento e remuneração.

Vencimento é um conceito mais restrito, pois consiste na **retribuição pecuniária** pelo exercício do cargo público, com valor fixado em lei.

Já a **remuneração**, noção de alcance mais abrangente, é o **vencimento** do cargo, **somado às vantagens pecuniárias** permanentes estabelecidas em lei.

Assim, temos que:

Remuneração = vencimento + vantagens

O direito ao vencimento é inerente ao regime dos servidores estatutários como decorrência da proibição de enriquecimento sem causa por parte do Estado. Além disso, é expressamente **proibida a prestação de serviços gratuitos**, salvo nos casos previstos em lei (art. 4º da Lei n. 8.112/90).

Importantíssimo destacar que o **menor valor** pago ao agente público, independentemente do tipo de vinculação com o Estado, é o **salário mínimo** (art. 39, § 3º, da CF). Cumpre destacar, no entanto, que, nos termos da **Súmula Vinculante n. 6** do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida importante **exceção** ao mínimo remuneratório: "Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial". "Praças" são os indivíduos recém-incorporados ao serviço militar, única hipótese em que o ordenamento jurídico pátrio admite remuneração inferior ao salário mínimo.

O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é **irredutível**, sendo vedado o recebimento de remuneração inferior ao salário mínimo (art. 41, § 5º, do Estatuto). Entretanto, o princípio da irredutibilidade de vencimentos **não é absoluto**, podendo haver redução de remuneração

A prova de Agente Fiscal da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a assertiva: "O princípio da irredutibilidade dos vencimentos possui natureza absoluta, não comportando qualquer exceção".

nos casos de adaptação de valores ao teto constitucional ou sistema de pagamento por subsídios (art. 37, XV, da CF).

A prova de Analista Judiciário do TRT do Mato Grosso elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "O vencimento, a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial".

O vencimento, a remuneração e o provento **não serão objetos de arresto, sequestro ou penhora**, salvo no caso de prestação de alimentos resultante de determinação judicial.

Do valor do vencimento devem ser descontadas a remuneração do dia em que faltar sem motivo justificado e a parcela de remuneração diária proporcional aos atrasos ou ausências justificadas, salvo na hipótese de compensação de horários até o mês subsequente ao da ocorrência.

Sendo condenado a realizar **reposições** ou pagar **indenizações ao erário**, o servidor ativo, aposentado ou pensionista será previamente notificado para **pagamento no prazo máximo de trinta dias**, podendo o valor ser parcelado a pedido do interessado. Nesse caso, o valor de cada parcela não **poderá ser inferior a 10% cento** da remuneração, provento ou pensão.

A prova de Oficial de Execução de Mandados do TRT do Amazonas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Os valores percebidos pelo servidor, em razão de decisão liminar, de qualquer medida de caráter antecipatório ou de sentença, posteriormente cassada ou revista, deverão ser repostos no prazo de sessenta dias, sob pena de inscrição em dívida ativa".

Se o servidor for demitido, exonerado ou tiver sua aposentadoria cassada, o prazo para quitação do débito será de **sessenta dias**.

9.17.1 Regime de subsídios

Com o objetivo de coibir os "supersalários", comuns no serviço público brasileiro especialmente antes da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional n. 19/98 alterou a redação do art. 39, § 4º, da Constituição Federal, criando a **remuneração em parcela única** denominada subsídio, válida para algumas categorias de agentes públicos.

Estabelece o referido dispositivo: "O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI".

O pagamento mediante subsídio é aplicável somente aos seguintes agentes públicos:

a) chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos);

A 22ª prova do Ministério Público Federal considerou CORRETA a assertiva: "Os Procuradores da República são remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória".

b) parlamentares;

c) magistrados;

d) ministros de Estado;

e) secretários estaduais, distritais e municipais;

f) membros do **Ministério Público**;

g) integrantes da Defensoria Pública;

h) membros da **Advocacia Pública** (advogados da União, procuradores federais, procuradores autárquicos, procuradores distritais e procuradores estaduais);

A prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Os integrantes da Advocacia Geral da União, os procuradores dos estados e do DF e os defensores públicos são, nos termos da CF, remunerados por subsídio".

i) integrantes das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal e polícias civis.

Facultativamente, a remuneração dos servidores públicos organizados em carreira também poderá ser fixada no sistema de subsídios (art. 39, § 8º, da CF).

Como se vê, a ideia do sistema de subsídio é pagar a remuneração em parcela única sobre a qual não possa incidir qualquer outro acréscimo ou adicional.

9.18 INDENIZAÇÕES

Além do vencimento, poderão ser pagos ao servidor indenizações, gratificações e adicionais (art. 49 da Lei n. 8.112/90). As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento, mas as gratificações e os adicionais são incorporados nos termos previstos na legislação.

O Estatuto prevê as seguintes espécies de indenizações:

a) ajuda de custo por mudança (art. 53): destinada a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente, não podendo seu valor superar o montante equivalente a três meses da remuneração do servidor;

b) ajuda de custo por falecimento (art. 53, § 2º): à família do servidor que falecer na nova sede, é assegurada ajuda de custo e transporte para a localidade de origem, dentro do prazo de um ano, contado do óbito;

c) diárias por deslocamento (art. 58): devidas ao servidor que, a serviço, se afastar da sede em caráter eventual ou transitório para outro ponto do território nacional ou para o exterior, tendo direito a passagens e diárias destinadas a indenizar as parcelas de despesas extraordinárias com pousada, alimentação e locomoção urbana, exceto se o deslocamento da sede constituir exigência permanente do **cargo**;

A prova de Oficial de Execução de Mandados do TRT do Amazonas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "As indenizações percebidas pelo servidor a título de diárias não se incorporam ao vencimento ou ao provento para qualquer efeito".

d) indenização de transporte (art. 60): devida ao servidor que realizar despesas com a utilização de meio próprio de locomoção para a execução de serviços externos, por força das atribuições próprias do cargo;

e) auxílio-moradia (art. 60): é o ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo servidor com aluguel de moradia ou com meio de hospedagem administrado por empresa hoteleira, no prazo de um mês após a comprovação da despesa pelo servidor. A concessão do auxílio-moradia tem como **requisitos** que:

I – não exista imóvel funcional disponível para uso pelo servidor;

II – o cônjuge ou companheiro do servidor não ocupe imóvel funcional;

III – o servidor ou seu cônjuge ou companheiro não seja ou tenha sido proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel no Município aonde for exercer o cargo, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação de construção, nos doze meses que antecederem a sua nomeação;

IV – nenhuma outra pessoa que resida com o servidor receba auxílio-moradia;

V – o servidor tenha se mudado do local de residência para ocupar cargo em comissão ou função de confiança do tipo DAS 4, 5 ou 6;

VI – o Município no qual assuma o cargo em comissão ou função de confiança não pertença à mesma região metropolitana em relação ao local de residência ou domicílio do servidor;

VII – o servidor não tenha sido domiciliado ou tenha residido no Município, nos últimos doze meses, aonde for exercer o cargo em comissão ou função de confiança, desconsiderando-se prazo inferior a sessenta dias dentro desse período;

VIII – o deslocamento não tenha sido por força de alteração de lotação ou nomeação para cargo efetivo;

IX – o deslocamento tenha ocorrido após 30 de junho de 2006.

O auxílio-moradia não será concedido por prazo superior a oito anos dentro de cada período de doze anos, sendo que seu valor mensal fica limitado a 25% do valor da remuneração do servidor.

9.19 RETRIBUIÇÕES, GRATIFICAÇÕES E ADICIONAIS

Além dos vencimentos e das vantagens, o servidor público tem direito ainda às seguintes retribuições, gratificações e adicionais (art. 61 do Estatuto):

I – retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

II – gratificação natalina, no valor de 1/12 da remuneração correspondente ao mês de dezembro por mês de exercício no ano corrente;

III – adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

IV – adicional pela prestação de serviço extraordinário, remunerado com acréscimo de 50% em relação à hora normal trabalhada;

V – adicional noturno, referente a serviços prestados entre as 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte, sendo o valor-hora acrescido de 25%, computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos;

VI – adicional de férias, no valor de 1/3 da remuneração do período de férias;

VII – outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho;

VIII – gratificação por encargo de curso ou concurso.

9.20 FÉRIAS

Durante o ano, o servidor tem direito a trinta dias de férias, que podem ser acumuladas, até o máximo de dois períodos, no caso de necessidade do serviço,

ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica. Para ter direito à fruição de férias, no primeiro período aquisitivo, serão exigidos doze meses de exercício (art. 77 da Lei n. 8.112/90).

O pagamento da remuneração das férias, com o respectivo adicional, será efetuado em até dois dias antes do início do respectivo período.

9.21 LICENÇAS

O Estatuto prevê a existência de **sete tipos** diferentes de licenças:

a) por motivo de doença em pessoa da família (art. 83): concedida, **sem prejuízo dos vencimentos**, por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva às suas expensas. O servidor, nesse caso de doença familiar, tem **direito à licença**, sendo o seu deferimento uma **decisão vinculada** da Administração Pública;

b) por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro (art. 84): concedida por prazo indeterminado e **sem remuneração** para o servidor acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para exercício de mandato eletivo;

c) para o serviço militar (art. 85): outorgada **com remuneração** ao servidor público convocado para o serviço militar. Concluído o serviço militar, o servidor tem trinta dias sem remuneração para reassumir o exercício do cargo;

d) para atividade política (art. 86): concedida **sem remuneração** para o servidor público candidato a cargo eletivo, sendo válida durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o décimo dia seguinte ao do pleito;

e) para capacitação profissional (art. 87): após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da Administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, **sem prejuízo da remuneração**, por até três meses, para participar de **curso de capacitação profissional**;

A prova de Analista Judiciário do TRT do Amazonas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "No interesse da Administração, o servidor poderá afastar-se do cargo efetivo para participar de curso de capacitação profissional após cada quinquênio, por até três meses, com a respectiva remuneração".

f) para tratar de interesses particulares (art. 91): pode ser concedida, a critério da Administração, para ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, pelo prazo de três anos consecutivos, **sem remuneração**;

g) para desempenho de mandato classista (art. 92): é concedida **sem remuneração** para desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe, sindicato representativo de categoria profissional, entidade fiscalizadora de classe ou para participar de gerência de cooperativa de servidores públicos.

9.22 AFASTAMENTOS E CONCESSÕES

Além das licenças acima mencionadas, a Lei n. 8.112/90 prevê **quatro tipos** diferentes de afastamento, a saber:

a) para servir a outro órgão ou entidade (art. 93);

b) para exercício de mandato eletivo (art. 94);

c) para estudo ou missão no exterior (art. 95);

d) para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no país (art. 96-A).

Há previsão também de **concessão** ao servidor **do direito de ausentar-se sem prejuízo da remuneração**:

I – por um dia, para doação de sangue;

II – por dois dias, para se alistar como eleitor;

III – por oito dias consecutivos em razão de:

a) casamento; ou

b) falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos.

9.23 DIREITO DE PETIÇÃO

O Capítulo VIII da Lei n. 8.112/90, nos arts. 104 a 115, é todo dedicado ao direito de petição, assegurando ao servidor público o **direito de requerer** aos Poderes Públicos, em **defesa de direito** ou **interesse legítimo**.

Trata-se de uma extensão do direito constitucional de petição a ser exercido por qualquer pessoa em defesa de direitos ou contra ilegalidade e abuso de poder (art. 5º, XXXIV, da CF).

Ao servidor público é permitido formular **requerimento** à autoridade competente a ser encaminhado por intermédio da autoridade a que estiver imediatamente subordinado o requerente, sem prejuízo do pedido de **reconsideração** que pode ser endereçado à autoridade responsável pela expedição do ato. Nos dois casos, o pedido deverá ser despachado em cinco dias e **decidido dentro de trinta dias**.

Caberá **recurso** contra o indeferimento do pedido de reconsideração, ou contra as decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos, no prazo de **trinta dias** a contar da publicação do ato ou da ciência da decisão recorrida.

Como regra, o **direito de requerer prescreve em cinco anos**, contados da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado quando o ato não for publicado.

9.24 DIREITO DE GREVE

O art. 36, VII, da Constituição Federal, assegura aos servidores públicos o **direito de greve** a ser exercido **nos termos e nos limites definidos em lei específica**.

Como ainda não foi promulgada tal lei, considera-se que a referida norma é de **eficácia limitada**, podendo ser futuramente restringido o alcance do dispositivo pelo legislador infraconstitucional. Enquanto não houver a referida lei, aplicam-se as disposições concernentes ao direito de greve na iniciativa privada, nos termos da Lei n. 7.783/89.

9.25 TETOS REMUNERATÓRIOS

A Constituição Federal de 1988, inovando em relação aos textos constitucionais anteriores, definiu um **limite máximo** para a remuneração de quaisquer agentes públicos. Tal limite tem sido chamado de teto remuneratório.

Após diversas alterações promovidas da redação original, o teto remuneratório atual está previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003: "**a remuneração e o subsídio** dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, **não poderão exceder o subsídio mensal**, em espécie, **dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25%) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos".

Assim, o **teto remuneratório geral** aplicável a todas as esferas federativas é a remuneração dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O **valor atualizado** do subsídio pago aos ministros do Supremo é de **R$ 27.900,00** (vinte e sete mil e novecentos reais), após os aumentos progressivos concedidos pela Lei n. 12.041/2009. Desse modo, tal valor é o limite máximo que pode atualmente ser pago aos agentes públicos no Brasil, independentemente da espécie de vínculo entre o agente e o Estado: temporário, comissionado, político, estatutário ou celetista.

Como se pode notar da leitura da norma constitucional anteriormente transcrita, além do teto geral, a Constituição Federal fixou **tetos parciais**, ou subtetos, aplicáveis às demais esferas federativas.

No âmbito dos **Estados** e do **Distrito Federal**, o teto no Poder Executivo é o subsídio do Governador; no Poder Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais; e no Judiciário, o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado este a 90,25% da remuneração dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O teto do Poder Judiciário, inclusive com o limite de 90,25% da remuneração dos ministros do Supremo, é extensivo também aos membros do Ministério Público, das Procuradorias e das Defensorias. Como tal extensão somente é aplicável aos "membros" do Ministério Público, das Procuradorias e das Defensorias, deve-se entender que o quadro geral do funcionalismo de tais órgãos (os agentes que não são membros) submete-se ao limite aplicável ao Poder Executivo, e não ao Judiciário.

Na esfera dos **Municípios**, o limite máximo de remuneração é o subsídio do Prefeito.

Desde a promulgação da Emenda n. 41/2003, os tetos remuneratórios sujeitam a totalidade dos valores pagos aos agentes públicos. Os valores que ultrapassarem o respectivo teto serão imediatamente reduzidos aos limites previstos na Constituição, "não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título" (art. 17 do ADCT).

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm excluindo do teto remuneratório, com fundamento em diversos dispositivos legais, certos valores pagos ao agente público. Assim, são **exceções ao teto remuneratório**: a) verbas indenizatórias; b) remuneração decorrente de cargos públicos de magistério constitucionalmente acumuláveis; c) benefícios previdenciários; d) atuação como requisitado de serviço pela Justiça Eleitoral; e) exercício temporário de função cumulativa.

9.26 PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES

Os servidores públicos estatutários têm direito a regime de previdência social de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas (art. 40 da CF).

Esse regime especial de previdência não se aplica aos empregados públicos, aos contratados temporários e aos ocupantes de cargos em comissão, uma vez que empregados, temporários e comissionados estão sujeitos ao regime geral de previdência (art. 40 da CF).

Assim, o direito à aposentadoria fica sempre condicionado ao pagamento de contribuição, sendo certo que o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade, estendendo-se tal regra também ao tempo de contribuição na atividade privada (art. 201, § 9º, da CF).

Importante destacar que o teto remuneratório para o valor das aposentadorias no serviço público sofreu profunda alteração com a promulgação da Emenda n. 41/2003. Servidores estatutários que ingressaram nas funções antes da Emenda n. 41/2003 recebiam aposentadoria integral com montante submetido aos tetos remuneratórios definidos no art. 37, XI, da Constituição Federal. Após a Emenda n. 41/2003, o teto do valor das aposentadorias de servidores públicos passou a ser o montante máximo de benefício no regime geral da Previdência, isto é, R$ 3.218,90.

O Texto Constitucional prevê as seguintes **modalidades de aposentadoria**:

a) aposentadoria por invalidez: com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente de serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

b) aposentadoria compulsória: aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

c) aposentadoria voluntária: em relação aos servidores que cumpriram todos os requisitos até a data de promulgação da Emenda n. 41/2003, a aposentadoria será calculada, integral ou proporcionalmente, de acordo com a legislação vigente antes da emenda. Entretanto, quanto aos demais servidores públicos, não há mais possibilidade de aposentadoria com proventos integrais, passando seu valor a sujeitar-se aos patamares do regime geral de previdência.

9.27 REGIME DISCIPLINAR

A Lei n. 8.112/90 define, como base do regime disciplinar aplicável aos servidores públicos, deveres e proibições cujo desatendimento enseja a instauração de processo disciplinar para apuração de infrações funcionais.

9.28 DEVERES DO SERVIDOR

O art. 116 do Estatuto elenca os seguintes **deveres do servidor**:

A 22ª prova de Procurador do Trabalho considerou INCORRETA a assertiva: "O servidor poderá eximir-se do cumprimento de seus deveres quando motivado por crença religiosa".

I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II – ser leal às instituições a que servir;

III – observar as normas legais e regulamentares;

IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V – atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;

VI – levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

VII – zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII – guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X – ser assíduo e pontual ao serviço;

XI – tratar com urbanidade as pessoas;

XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

9.29 PROIBIÇÕES APLICÁVEIS AO SERVIDOR

O art. 117 da Lei n. 8.112/90 elenca as seguintes proibições ao servidor público:

I – ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II – retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III – recusar fé a documentos públicos;

IV – opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V – promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

VI – cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII – coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII – aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV – praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV – proceder de forma desidiosa;

XVI – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

XVII – cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX – recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

9.30 TRÍPLICE RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Uma única conduta do servidor público pode desencadear **três processos** distintos e independentes:

a) civil: relacionado à reparação de dano patrimonial;

b) penal: para apuração de eventual crime;

c) administrativo: voltado à aplicação de punições funcionais.

Daí o Estatuto afirmar que o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições (**art. 121**).

A prova da OAB Nacional 2007.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O Estatuto do Servidor Público Federal prevê que as sanções penais, cíveis e administrativas podem ser cumuladas".

A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

A independência das três instâncias vem declarada no art. 125 da Lei n. 8.112/90: "As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si".

O Estatuto do Servidor Público contempla a **única hipótese** em que a decisão de um processo repercute nas outras duas instâncias: a responsabilidade administrativa e civil do servidor será afastada no caso de **absolvição criminal** que **negue a existência do fato** ou de **sua autoria**.

A prova da OAB Nacional 2007.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Sempre que houver a responsabilidade penal, haverá também a responsabilidade civil e a administrativa".

Importante destacar que a sentença penal absolutória somente produzirá o efeito nas demais esferas se o fundamento expresso da decisão for a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Tendo a absolvição penal qualquer outro fundamento, como a **falta de provas**, **não haverá repercussão** nos processos civil e administrativo.

Por fim, é interessante notar que a responsabilidade decorrente de **improbidade administrativa** pode ser considerada a **quarta esfera de responsabilização** do agente público.

A prova de Procurador do Banco Central/2006 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Caso um ato praticado por agente público configure, ao mesmo tempo, ilícito penal, civil, administrativo e ainda ato de improbidade administrativa, o agente poderá sofrer penalidades em todas essas quatro esferas".

9.31 PROCESSO DISCIPLINAR

Os arts. 116 e seguintes da Lei n. 8.112/90 definem o regime disciplinar aplicável aos servidores públicos estatutários da União. Havendo descumprimento de algum dever ou proibição, o servidor estará sujeito à instauração de processo administrativo disciplinar para apuração da falta cometida e aplicação da pena mais apropriada.

Quanto aos prazos para apuração das faltas cometidas pelo servidor, será de: **a) cinco anos**: para faltas punidas com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; **b) dois anos**: para condutas sujeitas a suspensão; **c) cento e oitenta dias**: para infrações puníveis com advertência.

O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

É indispensável reforçar que a **aplicação de qualquer punição** ao agente público pressupõe a instauração de processo administrativo com garantia de **contraditório** e a **ampla defesa**, sob pena de nulidade da sanção aplicada.

Quanto à necessidade de presença de advogado, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 343: "é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar". Entretanto, recentemente o Supremo Tribunal Federal, por força da **Súmula Vinculante n. 5**, externou diferente orientação quanto à matéria: "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar **não ofende a Constituição**".

A 14ª prova de Procurador do Trabalho considerou CORRETA a assertiva: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

Assim, por uma questão de hierarquia, entendemos que deve prevalecer o posicionamento do Supremo Tribunal Federal considerando **desnecessária a presença de advogado em processo disciplinar**.

A Lei n. 8.112/90 prevê dois procedimentos diferentes para aplicação de sanções disciplinares: a sindicância e o processo administrativo disciplinar (PAD). Observe-se que **a autoridade** que tiver ciência da infração **é obrigada a promover sua apuração** imediata, utilizando um dos dois instrumentos mencionados.

A **sindicância** constitui um procedimento sumário instaurado para apurar infrações que comportem a pena máxima de **suspensão por até trinta dias**.

Após toda a apuração, que não pode exceder o prazo de trinta dias prorrogável por igual período, a sindicância poderá resultar em: I – arquivamento do processo; II – aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias; III – instauração de processo disciplinar.

Já o **processo administrativo disciplinar** (PAD) deve ser utilizado para apuração de ilícitos que ensejarem penalidades mais severas do que a suspensão por trinta dias, incluindo demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e destituição de cargo em comissão.

O processo disciplinar se desenvolve em **três fases**: a) **instauração**, com a publicação do ato que constituir a comissão; b) **inquérito administrativo**, que compreende instrução, defesa e relatório; c) **julgamento**.

9.31.1 Penalidades

O Estatuto prevê a aplicação das seguintes penalidades ao servidor público (art. 127):

a) advertência: aplicável por escrito nas hipóteses de: 1) ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; 2) retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; 3) recusar fé a documentos públicos; 4) opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; 5) promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; 6) cometer a pessoa estranha à repartição, fora

dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; 7) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político; 8) manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; 9) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado; 10) inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave;

b) suspensão: aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de noventa dias;

c) demissão: será aplicada nas hipóteses de: 1) crime contra a administração pública; 2) abandono de cargo; 3) inassiduidade habitual; 4) improbidade administrativa; 5) incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; 6) insubordinação grave em serviço; 7) ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; 8) aplicação irregular de dinheiros públicos; 9) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; 10) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; 11) corrupção; 12) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; 13) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; 14) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; 15) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; 16) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; 17) aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; 18) praticar usura sob qualquer de suas formas; 19) proceder de forma desidiosa; 20) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade: será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão;

e) destituição de cargo em comissão: a destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão;

f) destituição de função comissionada: pena aplicável nas mesmas hipóteses da destituição de cargo em comissão.

As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de três e cinco anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar (art. 131 do Estatuto).

O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

Não poderá mais retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão nos casos de:

a) crime contra a administração pública;

b) improbidade administrativa;

c) aplicação irregular de dinheiros públicos;

d) lesão aos cofres públicos e dilapidação do **patrimônio nacional**;

e) corrupção.

A prova da OAB Nacional 2009.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O servidor público detentor de cargo efetivo que seja demitido por lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional não pode mais retornar ao serviço público".

9.32 QUESTÕES

1. (13ª Prova da Magistratura Federal – 4ª Região) Dadas as assertivas abaixo, assinalar a alternativa correta.

I. A negativa de existência do fato em âmbito penal, mesmo que passada em julgado a sentença que a declare, não guarda relevância em âmbito administrativo, pois que há independência absoluta entre a esfera penal e a atuação administrativa em processo disciplinar.

II. São cargos vitalícios unicamente os de Magistrado (art. 95, I, da CF), os de Ministro (ou Conselheiro, que é sua designação nas esferas distrital, estaduais e municipais) do Tribunal de Contas (art. 73, § 3º, da CF) e de Membro do Ministério Público, cujo vitaliciamento também se dá após dois anos de exercício (art. 128, § 5º, I, *a*, da CF).

III. Há previsão constitucional de perda de cargo de magistrado vitalício por força de condenação penal, quer por crime comum, quer por crime de responsabilidade.

IV. O princípio do juiz natural veda em termos absolutos a aplicação da remoção compulsória a qualquer magistrado, mesmo que a título de sanção disciplinar imposta em processo regular no qual facultada ampla defesa.

A) Estão corretas apenas as assertivas I e III.
B) Estão corretas apenas as assertivas I e IV.
C) Estão corretas apenas as assertivas II e III.
D) Estão corretas apenas as assertivas II e IV.

2. (Procuradoria da Fazenda Nacional – Esaf) Assinale a opção que não constitui forma de provimento de cargo público, nos termos da Lei n. 8.112/90:

A) promoção;
B) readaptação;
C) transferência;
D) aproveitamento;
E) recondução.

3. (OAB/CE) Servidor público cometeu falta funcional. Seu chefe, competente para puni-lo, preferiu transferi-lo a suspendê-lo. Enfocada a questão quanto ao aspecto de finalidade dos atos administrativos:

A) a hipótese é de invalidade, porque as transferências não têm finalidade punitiva e os atos administrativos são sempre vinculados à finalidade para a qual a lei os concebeu;
B) a conduta do chefe foi válida se atender bem aos interesses do serviço, porque o poder punitivo é poder discricionário, autorizando, na hipótese, a opção adotada;
C) o ato foi válido porque benevolente, sem qualquer violação ao interesse público;
D) o ato terá sido inválido se a transferência do servidor teve por finalidade castigá-lo com maior severidade do que a falta cometida ensejaria, manifestando-se abuso de poder.

4. (Advocacia Geral da União – Cespe) Um servidor federal estatutário de nível médio, em estágio probatório, foi acusado de patrocinar indiretamente interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se de sua qualidade de funcionário. Instaurada sindicância, apurou-se que outro servidor, de nível superior, estatutário e estável, teria sido coautor da infração. Instaurado processo disciplinar contra os dois servidores, como medida cautelar, ambos foram afastados do exercício de seus cargos pelo prazo de noventa dias. Indiciados, o prazo legal máximo fixado para a conclusão do processo disciplinar foi prorrogado, por igual período, uma única vez, ante o grande volume de fatos a apurar. Produzidas as defesas, a comissão do processo disciplinar concluiu, ao final, que o servidor de nível médio praticara tão somente ato de deslealdade para com a instituição a que serve e o servidor de nível superior patrocinara indiretamente interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário. O Presidente da República demitiu o servidor de nível superior e exonerou o servidor em estágio probatório.
Quanto à situação hipotética acima, julgue os itens seguintes.

1) O afastamento por noventa dias de ambos os servidores foi ilegal.
2) A prorrogação do prazo de conclusão de processo administrativo disciplinar era admissível.
3) A demissão do servidor de nível superior foi ilegal, porque ele não foi ouvido previamente na sindicância.
4) O patrocínio, ainda que indireto, de interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário, é causa de demissão.
5) O Presidente da República não poderia exonerar o servidor de nível médio, uma vez que ele não cometera infração punível com pena de demissão.

5. (OAB/CE) Quanto ao sistema de previdência dos servidores públicos, é errado afirmar que

A) em caso de invalidez permanente, em regra, os servidores receberão proventos proporcionais ao tempo de contribuição;
B) voluntariamente, o servidor poderá se aposentar aos 60 anos de idade e 35 anos de serviço, se homem, e 55 anos de idade e 30 anos de serviço, se mulher, com proventos integrais;
C) voluntariamente, o servidor poderá se aposentar se houver cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, além de se exigir que ele tenha pelo menos 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher;
D) o servidor, aos 70 anos, é aposentado compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

6. (Analista Judiciário – TRT/AM – FCC) No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho, nenhum servidor poderá perceber, mensalmente, a título de remuneração, importância superior à soma dos valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, excluídas do teto de remuneração, além de outras, as seguintes vantagens:

I. a gratificação natalina e o adicional de férias;
II. o adicional noturno, a gratificação natalina e a retribuição pelo exercício de função de direção;
III. o adicional de férias e a retribuição pelo exercício de função de chefia;
IV. os adicionais pela prestação de serviço extraordinário e noturno.
Das vantagens supracitadas, estão corretas a que constam APENAS em

A) I e II.
B) I e III.
C) I e IV.
D) II e III.
E) III e IV.

7. (OAB/CE) Caso o ato lesivo praticado pelo agente público, no exercício das suas funções, dê causa à instauração de persecução penal, constituirá causa impeditiva de sua responsabilização civil, em ação regressiva da Administração Pública:

A) a absolvição por negativa de autoria ou do fato;
B) a absolvição por ausência de culpabilidade penal;
C) a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva;
D) a absolvição por insuficiência de provas.

8. (PFN – Esaf) Em vista dos preceitos constitucionais que tratam da estabilidade do servidor público, assinale a opção correta.

A) Na atualidade, existem apenas duas formas de perda do cargo pelo servidor público estável: em virtude de sentença judicial transitada em julgado, ou mediante processo administrativo disciplinar em que lhe seja assegurada ampla defesa.
B) Com a reforma administrativa promovida por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, restou afastada a necessidade de instituição de comissão para que se dê a avaliação de desempenho do servidor, durante seu estágio probatório.
C) Se restar declarada a desnecessidade do cargo, o servidor, mesmo que ainda não seja estável, poderá ficar em disponibilidade.
D) Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem. Em tal hipótese, ambos os servidores (o reintegrado e o reconduzido) terão direito à indenização, em vista da falha cometida pela Administração Pública.
E) Na sistemática da Constituição Federal, está claro que há distinção entre estabilidade e efetividade.

9. (Analista Administrativo – TRT/AM – FCC) Com relação ao teto de remuneração do servidor público, NÃO serão excluídas, dentre outras, as seguintes vantagens:

A) adicionais pelo exercício de atividades insalubres e pela prestação de serviços extraordinários;
B) retribuição pelo exercício de função de direção e de chefia;
C) adicionais de férias por tempo de serviço;
D) retribuições pelo exercício de função de assessoramento e adicional noturno;
E) gratificação natalina e adicional de periculosidade.

10. (OAB/MT) No que tange às regras da Constituição da República sobre a Administração Pública, é correto afirmar:

A) não está vedada a equiparação de remuneração de pessoal do serviço público;
B) o acréscimo pecuniário percebido pelo servidor deve ser computado para fim de concessão de acréscimos ulteriores;
C) a Administração Pública pode, mesmo antes de findar o prazo de validade de um concurso, realizar um novo concurso e convocar os aprovados neste antes dos aprovados naquele;
D) os cargos públicos, em tese, podem ser ocupados por estrangeiros.

11. (Técnico Judiciário – TRT/PB – FCC) Com relação ao vencimento e à remuneração dos servidores públicos, é certo que

A) o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível;
B) a remuneração, em nenhuma hipótese, será objeto de arresto, sequestro ou penhora;
C) vencimento é a remuneração do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei;
D) a remuneração é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei;
E) o servidor perderá a remuneração do dia em que faltar ao serviço, mesmo que justifique sua ausência.

12. (OAB/MT) Marque a alternativa que apresenta forma de provimento originário de servidor público civil:

A) nomeação;
B) readaptação;
C) remoção;
D) ascensão.

13. (Procurador do Banco Central – FCC) Considere um concurso público, em cujo edital conste a regra constitucional que leve à possibilidade máxima de prazo de validade. Suponha ainda que esse concurso tenha sido aberto para o provimento de vinte vagas e que trinta candidatos tenham sido aprovados, os vinte primeiros dos quais preenchendo as vagas. Caso, no 3º ano a contar do termo inicial da validade do concurso, tenham sido abertas mais dez vagas,

A) os dez candidatos aprovados e remanescentes podem ser chamados a assumi-las, posto que a validade máxima de um concurso é de quatro anos;
B) deverá ser convocado novo concurso para seu provimento, posto que a validade de um concurso se encerra com o preenchimento das vagas originais;
C) deverá ser convocado novo concurso para seu provimento, posto que a validade máxima de um concurso é de três anos;
D) deverá ser convocado novo concurso para seu provimento, posto que a validade máxima de um concurso é de dois anos;
E) os dez candidatos aprovados e remanescentes podem ser chamados a assumi-las, posto que não se encerra a validade de um concurso enquanto houver candidatos aprovados e não aproveitados.

14. (Técnico Judiciário – TRT/PB – FCC) No que concerne à vacância dos cargos públicos, analise:

I. A demissão caracteriza-se como medida punitiva que proporciona o desligamento do servidor do quadro de pessoal da entidade a que se vincula.

II. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á exclusivamente a pedido do servidor, uma vez que não possui caráter punitivo.

III. A promoção é a mudança do servidor de um cargo para outro, da mesma natureza de trabalho, com elevação de função e vencimento.

IV. A exoneração de cargo em comissão, em virtude de seu caráter punitivo, dar-se-á sempre a juízo da autoridade competente.

Diante disso, são corretos SOMENTE

A) I e II.
B) I e III.
C) I e IV.
D) II e III.
E) III e IV.

15. (Magistratura/SP – 179º) Quanto ao tratamento dispensado pela Lei de Responsabilidade Fiscal ao controle de despesa total com pessoal, excedidos os limites estabelecidos ao Poder ou Órgão competente, assinale a única alternativa incorreta.

A) É proibida a criação de cargo, emprego ou função.
B) Fica vedada a alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa.
C) Não é permitida a revisão geral anual dos servidores, desde que atendidos os demais requisitos legais.
D) É vedado o provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título.

16. (Técnico Judiciário – TRT/MA – Cespe) Após o preenchimento de todas as formalidades exigidas por lei, João tomou posse em um cargo público federal efetivo que não é abrangido pelas hipóteses de acumulação previstas na Constituição Federal. Um mês após a sua entrada em efetivo exercício, a Administração recebeu denúncia de que João ainda mantinha contrato de trabalho com uma empresa pública instituída por Estado-membro da Federação.

Considerando a situação hipotética acima e os dispositivos da Lei n. 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União – vigentes, julgue os itens seguintes.

I. Para que João seja considerado investido no cargo público, haverá de ter cumprido, entre outras, as seguintes exigências legais: aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, nomeação pela autoridade administrativa competente, assinatura do termo de posse e início do efetivo desempenho das atribuições do cargo.

II. Se for verdadeiro o fato denunciado, é correta a hipótese de que João tenha efetuado declaração falsa, uma vez que a lei exige expressamente que o servidor, no ato da posse, apresente declaração quanto ao não exercício de outro cargo, emprego ou função pública.

III. De acordo com a lei, a autoridade administrativa competente deverá notificar João, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar sua defesa no prazo improrrogável de dez dias, contados da ciência, sob pena de ser invalidada a sua nomeação.

17. (Técnico Judiciário – TRT/MA – Cespe) Utilizando o texto da questão anterior, julgue, referente ao servidor João, a assertiva a seguir: Se devidamente caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé de João, aplicar-se-á a ele a pena de demissão, hipótese em que a empresa pública estadual com a qual João mantém relação de emprego deverá ser comunicada.

18. (OAB/RO – Cespe) São formas de provimento, exceto:

A) transferência;
B) nomeação;
C) reversão;
D) readaptação.

19. (84ª Prova do Ministério Público/SP) Leia as assertivas a seguir:

I. Todo cargo vitalício é ocupado por agente político.

II. Uma parcela de cargos em comissão deve ser ocupada por servidores de carreira e a outra é de livre nomeação do administrador.

III. As funções de confiança só podem ser exercidas por servidores de cargo efetivo.

IV. Os cargos em comissão destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, mas as funções de confiança não sofrem essa restrição.

Assinale a alternativa correta.

A) A afirmativa I é verdadeira, mas a III é falsa.
B) A afirmativa I é falsa, mas a II é verdadeira.
C) A afirmativa II é falsa, mas a IV é verdadeira.
D) A afirmativa IV é falsa, mas a I é verdadeira.
E) A afirmativa III é falsa, mas a II é verdadeira.

20. (Técnico Judiciário – TRT/MA – Cespe) A respeito das disposições vigentes na Lei n. 8.112/90, julgue os itens a seguir:

I. O prazo de validade de concurso público deve ser objeto da norma editalícia, que regulamentará o certame, e será de até um ano, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

II. O servidor vinculado ao regime da lei mencionada, que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos.

III. É vedado ao servidor público, seja ocupante de cargo efetivo ou de cargo em comissão, atuar como procurador ou intermediário em repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau e de cônjuge ou companheiro.

IV. A pena de demissão, aplicável somente ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo com mais de dois anos de exercício, será aplicada nos seguintes casos, entre outros: crime contra a Administração Pública, corrupção, aplicação irregular de dinheiros públicos e insubordinação grave em serviço.

21. (OAB/MS) Sobre provimento dos Servidores Públicos, assinale a incorreta:

A) provimento derivado é aquele em que o cargo é preenchido por alguém que já tenha vínculo anterior com outro cargo;
B) readaptação é forma de provimento que traduz o retorno do servidor ao cargo que ocupava, por motivo de sua inabilitação em estágio probatório ou pela reintegração de outro servidor ao cargo do qual teve que se afastar;
C) nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento;
D) transferência é a passagem do servidor de seu cargo efetivo para outro de igual denominação, situado em quadro funcional diverso.

22. (Técnico Judiciário – TRT/PE – FCC) Mário, técnico judiciário no exercício de suas funções, utilizou-se de pessoal e recursos materiais da repartição em atividades particulares; Pedro, técnico judiciário, no exercício de suas funções opôs resistência injustificada ao andamento de documento e processo. Nesses casos, Mário e Pedro estão sujeitos, respectivamente, à penalidade de

A) demissão e advertência;
B) suspensão e demissão;
C) advertência e exoneração;
D) demissão e disponibilidade;
E) advertência e demissão.

23. (Técnico Judiciário – TRT/PE – FCC) Moisés, ocupante de cargo em comissão, foi nomeado para ter exercício interinamente em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa. Nesta hipótese, Moisés

A) receberá a remuneração de ambos os cargos, em razão da acumulação e de funções;
B) continuará a receber a remuneração do cargo em comissão que ocupa, sem acréscimos em razão da interinidade;
C) receberá a remuneração do cargo a ser ocupado, exceto se for menor que a remuneração percebida;
D) deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade;
E) receberá a remuneração de seu cargo acrescida de um terço da remuneração do novo cargo de confiança interino.

24. (21ª Prova de Procurador da República) Quanto ao regime jurídico dos servidores públicos federais estatutários, assinale a alternativa INCORRETA:

A) O deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, denomina-se redistribuição.
B) O cumprimento de pena de reclusão em face de condenação criminal transitada em julgado implica, ante a impossibilidade da prestação de serviços pelo servidor, a perda do cargo.
C) O afastamento do servidor público em face de licenças consecutivas para tratar de interesse particular pode se dar por período superior a seis anos.
D) Ao servidor público investido em mandato de prefeito será facultado optar pela remuneração do cargo efetivo ou do eletivo.

25. (Técnico Judiciário – TRT/PE – FCC) Matias, servidor público aposentado por invalidez, retornou à atividade após uma junta médica oficial ter declarado insubsistentes os motivos da aposentadoria. Neste caso, ocorreu especificamente a

A) readaptação;
B) reversão;
C) exoneração;
D) reintegração;
E) recondução.

26. (Técnico Judiciário – TRT/SC – FCC) Sobre o regime disciplinar do servidor público, assinale a alternativa correta:

A) A acumulação de cargos, ainda que lícita, independe da comprovação da compatibilidade de horários.

B) Ao servidor é proibido recusar fé a documentos públicos.
C) A responsabilidade administrativa do servidor não será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou autoria.
D) A advertência ao servidor é uma penalidade disciplinar aplicada no caso de improbidade administrativa.
E) É dever do servidor representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder, sendo que a representação será apreciada pela autoridade contra a qual foi formulada.

27. (Técnico Judiciário – TRT/SC – FCC) Assinale a alternativa correta:
A) O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é redutível.
B) Mesmo com autorização do servidor, não poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros.
C) Além dos vencimentos poderão ser pagas ao servidor vantagens decorrentes de indenização, gratificações e adicionais.
D) O servidor fará jus a trinta dias de férias, que podem ser acumuladas até o máximo de quatro períodos, no caso de necessidade do serviço, ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica.
E) A licença para desempenho de mandato classista terá duração igual à do mandato, não sendo permitida sua prorrogação.

28. (Técnico Judiciário – TRT/MS – FCC) A autoridade competente, alegando insubordinação grave em serviço, demitiu determinado servidor estável. Contudo, este comprovou judicialmente a inexistência dos motivos que culminaram com referida penalidade, o que resultou em sua invalidação. Em virtude do ocorrido, o servidor será
A) reconduzido a qualquer cargo com atribuições compatíveis com as exercidas anteriormente, com integral ressarcimento dos prejuízos suportados;
B) reintegrado no cargo anteriormente ocupado, ou no resultante de sua transformação, com ressarcimento de todas as vantagens;
C) readaptado no cargo ocupado anteriormente, com plena restauração dos direitos violados e integral ressarcimento dos prejuízos sofridos;
D) posto em disponibilidade, com recebimento de remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo;
E) reinvestido no cargo anteriormente ocupado em virtude da forma de provimento originário denominada reversão.

29. (Técnico Judiciário – TRT/MS – FCC) Considere:
I. A investidura em cargo público ocorrerá com a nomeação.
II. Exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á, dentre outras hipóteses, quando não satisfeitas as condições do estágio probatório.
III. Os servidores ocupantes de cargo de natureza especial terão substitutos indicados no regimento interno ou, no caso de omissão, previamente designados pelo dirigente máximo do órgão ou entidade.
IV. O servidor ocupante de cargo em comissão poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade.

V. A reversão é a reinvestidura do servidor estável no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão judicial, sem ressarcimento de vantagens.
Estão corretas APENAS as afirmativas

A) I, II e III.
B) I, IV e V.
C) I e V.
D) II, III e IV.
E) III e IV.

30. (Analista Administrativo – TRT/RJ – Cespe) No que concerne aos servidores públicos, regidos pela Lei n. 8.112/90, assinale a opção correta:

A) Os cargos públicos são acessíveis apenas aos brasileiros natos ou naturalizados.
B) O regime de trabalho do servidor se sujeita ao limite mínimo de seis horas diárias.
C) É garantido a todo servidor público o exercício do direito de greve.
D) O concurso de títulos, mediante seleção por currículos, para provimento de cargo isolado, terá validade de um ano, prorrogável por igual período.
E) A impossibilidade física de entrar em exercício acarreta a possibilidade de fazê-lo por meio de procuração pública.

31. (Analista Administrativo – TRT/RJ – Cespe) Assinale a opção que apresenta situações que geram a aplicação de penalidade de demissão.

A) Aliciar subordinados a filiarem-se a partido político e ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato.
B) Aceitar comissão ou pensão de Estado estrangeiro e apresentar inassiduidade habitual.
C) Promover manifestação de desapreço no recinto da repartição e abandonar o cargo.
D) Abandonar o cargo e recusar fé a documento público.
E) Opor resistência injustificada ao andamento de documento na repartição e revelar segredo do qual se apropriou em razão do cargo.

32. (OAB/CE) Quanto aos Servidores Públicos, assinale a resposta correta:

A) a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange Autarquias, Empresas Públicas e Fundações mantidas pelo Poder Público, exceção feita às Sociedades de Economia Mista;
B) a Constituição Federal de 1988 proíbe a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horário e correlação de matéria;
C) a Constituição reconhece, aos servidores públicos, direito à livre associação sindical e o direito de greve, este último a ser exercido nos termos e limites definidos em lei complementar;
D) no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, a remuneração e o subsídio dos membros dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo não poderão exceder o subsídio mensal do Governador.

33. (Analista Judiciário de Execução de Mandados – TRT/RJ – Cespe) Determinado ministro de Estado demitiu José, servidor público, do cargo efetivo que ocupava, em decorrência da prática de improbidade para obtenção de proveito pessoal (recebimento de propina, corrupção passiva) em detrimento da dignidade do cargo. Além de haver testemunhas que presenciaram o pedido ilegal de dinheiro para prática de ato administrativo, o fato foi filmado e exibido por emissora de televisão em cadeia nacional.

Em razão da reportagem, José foi suspenso preventivamente pelo próprio ministro. No dia seguinte à publicação da demissão, o ex-servidor protocolou petição dirigida ao ministro, alegando a ocorrência de cerceamento de defesa, em virtude de não lhe ter sido dada a oportunidade de apresentar alegações finais no processo disciplinar. Além disso, alegou que o processo administrativo deveria ter sido regido pela Lei n. 9.784/99 e não pela Lei n. 8.112/90, como de fato havia sido. Por fim, afirmou que, no processo criminal, ele tinha sido absolvido por insuficiência de provas.

Com base no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e considerando essa situação hipotética, assinale a opção correta.

A) A absolvição criminal de José deveria impedir a sua demissão, resultante de processo administrativo.
B) Como o ministro suspendeu, preventivamente, José do cargo, ele deveria ter sido colocado sob suspeição para realizar demissão.
C) A demissão de José somente poderia ter sido levada a efeito pelo Presidente da República, pois não se admite a delegação para sua prática.
D) A referida filmagem não poderia ter sido utilizada como elemento incriminador no processo administrativo disciplinar.
E) Se não há previsão na Lei n. 8.112/90 para apresentação de alegações finais, não caberia acrescentar nova fase no procedimento com base na Lei n. 9.784/99, lei genérica de processo administrativo.

34. (Analista Judiciário de Execução de Mandados – TRT/RJ – Cespe) Em relação aos vencimentos e proventos de aposentadoria dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal entende que

A) a Constituição veda a cumulação de cargos públicos por uma mesma pessoa;
B) não há vedação constitucional à acumulação de cargos públicos desde que haja compatibilidade de horários e o acesso tenha se dado por concurso público;
C) é permitida a cumulação sem restrições, se ficar caracterizado direito adquirido pelo servidor;
D) é possível a acumulação de mais de uma aposentadoria, se forem elas relativas a cargos que, na atividade, seriam cumuláveis;
E) são inacumuláveis em razão do princípio da moralidade administrativa.

35. (Analista Judiciário de Execução de Mandados – TRT/RJ – Cespe) A Lei n. 8.112/90 e suas posteriores alterações baniram do ordenamento jurídico as seguintes formas de provimento de cargos públicos:

A) nomeação e readaptação;
B) promoção e redistribuição;
C) reversão e recondução;
D) ascensão e transferência;
E) substituição e aproveitamento.

36. (Analista Judiciário de Execução de Mandados – TRT/RJ – Cespe) Maria, casada com Pedro, juiz titular da Vara do Trabalho de Itaperuna, foi aprovada, em concurso público, para o cargo de auditor do trabalho, com lotação originária também em Itaperuna, tendo tomado posse e entrado em exercício em fevereiro de 2004. No ano seguinte, Pedro, após realizar concurso de remoção, foi trabalhar em uma das varas do trabalho do Rio de Janeiro. Em 2006, Pedro foi acometido de doença, razão pela qual deveria ser acompanhado por Maria. Em 2008, Maria será candidata a vereadora pelo Rio de Janeiro.

A partir dessa situação hipotética, assinale a opção correta.

A) A licença por motivo da doença de Pedro somente permitirá a Maria a percepção à remuneração pelo período de até noventa dias.
B) Uma vez eleita vereadora, havendo incompatibilidade de horários para cumulação dos cargos, Maria poderá se afastar do cargo de auditora do trabalho, mas optando por sua remuneração.
C) Em 2005, Maria não poderia pedir licença para acompanhar Pedro, porque estava em estágio probatório.
D) Durante a licença em razão da doença de Pedro, Maria poderá exercer atividade remunerada fora do serviço público.
E) O afastamento para o exercício do cargo de vereador não será computado para fins da contagem do tempo de serviço de Maria.

37. (OAB/MT) Considere os seguintes enunciados e assinale a alternativa correta:

I. Se o funcionário se exonerar no curso do procedimento administrativo disciplinar, este perderá seu objeto e será extinto.

II. Reversão é o retorno do funcionário ou servidor à ativa, cessadas as condições determinantes da aposentadoria.

III. Ministros de Estado não são agentes políticos, uma vez que não são escolhidos por eleição.

A) apenas o enunciado I está correto;
B) apenas o enunciado II está correto;
C) apenas o enunciado III está correto;
D) todos os enunciados estão incorretos.

38. (Analista Judiciário – TRT/RJ – Cespe) Considerando a aplicação da Lei n. 8.112/90 e a interpretação que lhe é dada pelo tribunais superiores, assinale a opção correta:

A) Caso um cidadão, em razão de tratamento de saúde, não possa estar presente no órgão para o qual prestou concurso no dia marcado para a sua posse, ele poderá outorgar procuração pública a um terceiro, com poderes para tomar posse e entrar em exercício.
B) O ocupante de cargo em comissão submete-se a regime de integral dedicação ao serviço.
C) Caso um servidor estável no cargo I seja aprovado em concurso no cargo II e, assim, requeira vacância do cargo I, tome posse no cargo II e inicie o exercício, nessa situação, se, em estágio probatório no cargo II, o servidor for reprovado, ele será reintegrado ao cargo I.
D) Agirá nos limites da legalidade administrativa a autarquia federal que abrir concurso público enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.
E) Às pessoas portadoras de deficiência serão sempre assegurados 20% das vagas oferecidas em concurso público.

39. (Analista Judiciário da Área Judiciária – TRT/SP – FCC) Tício, funcionário público da União, opôs resistência injustificada ao andamento de processo que deveria movimentar. Considerando que foi a primeira vez que praticou tal conduta, ele está sujeito à penalidade prevista na lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, que consiste em

A) demissão;
B) advertência verbal;
C) suspensão;
D) advertência, por escrito;
E) desconto de um dia dos seus vencimentos.

40. (OAB/RO – Cespe) O retorno do servidor público aposentado aos serviços denomina-se:

A) reingresso;
B) readmissão;
C) reintegração;
D) reversão.

41. (Analista Judiciário – Especialidade Execução de Mandados – TRT/SP – FCC) Nos termos da Lei n. 8.112/90, a pena de advertência será aplicada por escrito, dentre outras hipóteses, quando o agente

A) praticar usura sob qualquer de suas formas;
B) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
C) receber presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
D) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
E) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.

42. (Analista Judiciário da Área Administrativa – TRT/SP – FCC) Sobre o vencimento e a remuneração do servidor público da União, é correto afirmar:

A) Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, descontado das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.
B) Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.
C) Cargos de Poderes diferentes, mesmo tendo atribuições iguais ou assemelhadas, podem ter vencimentos diferentes.
D) O servidor não perderá a remuneração do dia em que faltar ao serviço, mesmo sem motivo justificado, desde que seja compensada a falta.
E) O servidor em débito com o erário que for demitido terá o prazo de três meses para quitar o débito.

43. (Analista Judiciário – TRT/GO) Estando o servidor, na data da publicação do ato de provimento, afastado por motivo de férias, o prazo para a posse será contado

A) do término das férias;
B) do início das férias;
C) do início das férias, descontado o tempo decorrido desta;
D) do término das férias, porém reduzido pela metade;
E) do quinto dia do mês subsequente ao do término das férias.

44. (Analista Judiciário – TRT/GO) Sobre as férias a que faz jus o servidor público, nos termos da lei que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, é INCORRETO afirmar:

A) O pagamento da remuneração das férias será efetuado até dois dias antes do início do respectivo período.
B) O servidor que opera direta e permanentemente com Raios X ou substâncias radioativas gozará vinte dias consecutivos de férias por semestre de atividade profissional, proibida a acumulação.
C) Para o primeiro período aquisitivo de férias serão exigidos doze meses de exercício.

D) Em caso de parcelamento das férias, o servidor receberá o adicional de férias quando da utilização do primeiro período.
E) É permitido descontar do período de férias as faltas ao serviço que o servidor teve durante o período aquisitivo.

45. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – 2009) Ressalvada a hipótese de reincidência, a pena de suspensão prevista na Lei n. 8.112/90, é cabível quando o servidor
A) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
B) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado;
C) cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;
D) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
E) cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado.

46. (OAB/MT) O órgão onde Júlio César trabalhava foi extinto. Em consequência, Júlio César foi deslocado para outro órgão do mesmo poder, ou seja, Executivo Federal, onde exercerá o mesmo cargo. Nesse caso, pode-se dizer que ocorreu:
A) redistribuição;
B) remoção;
C) transferência;
D) recondução.

47. (OAB/BA – Cespe) No regime constitucional-administrativo dos servidores públicos, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, quanto a:
A) dois cargos em comissão;
B) um cargo de professor com um cargo técnico ou científico;
C) um cargo em comissão com um cargo em confiança;
D) dois cargos técnicos administrativos, desde que em entidades federativas diversas.

48. (OAB/PI) No serviço público, quando os agentes são estatutários, os bens são públicos, as decisões apresentam todos os atributos do ato administrativo, a responsabilidade é objetiva e os contratos regem-se pelo Direito Administrativo, diz-se que o regime jurídico é de Direito:
A) comercial;
B) industrial;
C) privado;
D) público.

49. (OAB/SP – Vunesp) Servidor demitido do serviço público, após processo disciplinar que constatou seu envolvimento em ilícito administrativo, pode vir a ser reintegrado no cargo se em instância criminal, posteriormente, ele obtiver sentença de absolvição, referentemente aos mesmos fatos?

A) sim, se a absolvição criminal for fundamentada na negativa da autoria ou da existência do crime;
B) não, porque as jurisdições penal e administrativa não se intercomunicam;
C) sim, desde que a demissão não tenha ocorrido por suficiência probatória;
D) não, porque na esfera administrativa também há processo formal com o objetivo de extração da verdade real.

50. (Delegado de Polícia/PE) Servidor público respondeu a processo administrativo disciplinar, no qual lhe foi assegurada ampla defesa. Ao final, configurou-se a prática de falta grave, propondo a Comissão Processante a aplicação da penalidade de demissão. Em curso ação penal em que o servidor foi denunciado pelo mesmo fato que ensejou a sua demissão, pretende este ingressar em juízo, postulando suspender a prática do ato de sua demissão. Diante do exposto, é correto afirmar que:

A) assiste razão ao servidor, uma vez que o mesmo fato que ensejou a sua demissão constitui, em tese, infração penal e somente o Juízo Criminal pode decidir se houve ou não o crime, submetendo-se a instância administrativa, em qualquer hipótese, à decisão a ser proferida pelo Poder Judiciário;
B) assiste razão ao servidor diante do princípio assegurado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória";
C) se consumada a demissão do servidor, o Poder Público deve abster-se de prover o cargo vago, aguardando o desfecho da ação penal, uma vez que, se absolvido o servidor, deverá o mesmo ser reintegrado ao serviço público;
D) o Poder Público não estará obrigado a aguardar o desfecho da ação penal, podendo demitir o servidor público porque são independentes as responsabilidades penal e administrativa e, apenas em limitadas hipóteses, a decisão proferida pelo Juízo Criminal repercutirá no âmbito administrativo;
E) deve o Poder Público suspender provisoriamente qualquer medida punitiva contra o servidor, a fim de evitar a condenação nos vencimentos atrasados, caso seja o mesmo absolvido no Juízo Criminal e a sentença absolutória transitar em julgado.

51. (OAB/SP – Vunesp) Um Município contratou empresa privada para prestação de serviços de cobrança extrajudicial de tributos municipais. Os empregados da empresa contratada deveriam trabalhar no prédio da Prefeitura, sob as ordens hierárquicas do secretário de finanças e no horário normal de trabalho dos funcionários públicos. Pergunta-se: este proceder está correto?

A) sim, desde que se trate de terceirização contratada com cooperativa;
B) não, porque os serviços objeto da contratação constituem atividade-fim do Município;
C) sim, desde que o Município tenha realizado licitação prévia;
D) não, porque o Município deveria realizar concurso público para contratação de funcionários.

52. (OAB/RS – Cespe) Objetivando enfrentar o problema das distorções remuneratórias no serviço público, a Emenda Constitucional n. 41/2003 deu nova redação ao inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, a fim de:

A) fixar teto apenas para os servidores incluídos no regime de subsídio, não abrangendo os demais servidores sob o regime remuneratório comum;
B) estabelecer um limite diverso para os servidores de cada um dos três Poderes no âmbito estadual;

C) fixar teto apenas para os servidores que continuam sob o regime remuneratório tradicional, não incluindo os que passaram para o regime de subsídio;
D) fixar, num único valor, o teto de remuneração para os três Poderes e para as esferas federal, estadual e municipal.

53. (OAB/MG) Sobre a previdência social a que se sujeitam os servidores públicos, é correto afirmar que os servidores
A) públicos efetivos são filiados ao regime geral de previdência social;
B) federais não efetivos são filiados ao regime próprio de previdência social;
C) públicos efetivos, estáveis ou não, são filiados ao regime próprio de previdência social;
D) públicos temporários são filiados ao regime próprio de previdência social.

54. (Magistratura/TO) Maria, Sônia, João e Paulo foram aprovados em concurso público para provimento de sete vagas de analista judiciário no Tribunal de Justiça de determinado Estado da Federação, cujo edital, com base em lei estadual, previa que 20% das vagas seriam destinadas aos deficientes físicos. Maria foi classificada em 6º lugar e Sônia, em 1º lugar, entre os aprovados às vagas destinadas aos não deficientes. João e Paulo classificaram-se em 1º e 2º lugar, respectivamente, entre as vagas destinadas aos deficientes. A respeito da situação hipotética apresentada, assinale a opção correta com base no tratamento constitucional destinado aos servidores públicos.
A) Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, Maria não terá direito à sua nomeação, já que devem ser duas as vagas destinadas aos deficientes físicos e somente cinco destinadas aos não deficientes.
B) A deficiência física de João e Paulo pode ser comprovada com atestado médico particular, o qual não poderá ser impugnado após a posse.
C) Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, João deve ser nomeado somente depois de nomeados os candidatos aprovados para as vagas destinadas aos não deficientes.
D) Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sendo o ato de nomeação um ato discricionário, Sônia não teria direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito, caso a Administração resolvesse não contratar nenhum dos candidatos aprovados.

10

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

10.1 INTRODUÇÃO

Os agentes públicos podem praticar, no exercício das funções estatais, condutas violadoras do Direito, capazes de sujeitá-los à aplicação das mais diversas formas de punição. Se o comportamento causar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil visando a reparação do dano. Sendo praticada conduta tipificada como crime, instaura-se um processo penal tendente à aplicação de sanções restritivas da liberdade. Já na hipótese de infração de natureza funcional, o Poder Público poderá instaurar um processo administrativo que, em caso de condenação do agente, resulta na fixação de sanções relacionadas ao cargo público, como advertência, suspensão e até demissão do servidor.

Essas três instâncias distintas de responsabilidade, a **civil**, a **penal** e a **administrativa**, compõem a denominada **tríplice responsabilidade** do agente público.

A par das repercussões civil, penal e administrativa, é possível identificar uma **quarta esfera de responsabilização** do agente público em decorrência de condutas praticadas no exercício de suas funções, a saber: aquela **decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA)** – Lei n. 8.429/92.

Como a aplicação das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa ocorre em **processo judicial autônomo** em relação às demais esferas de responsabilização, a doutrina afirma que **a apuração do ato de improbidade independe do resultado nos processos civil, penal e administrativo**. Isso porque, em regra, as diferentes instâncias punitivas são independentes entre si, de modo que o resultado em uma **independente das demais**.

Aceitando a cumulação da ação de improbidade com pedido de ressarcimento de danos morais, a prova da OAB Nacional 2008.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "De acordo com a LIA, a ação de improbidade administrativa não pode ser cumulada com pedido de danos morais".

10.2 BASE CONSTITUCIONAL

O dever de punição dos atos de improbidade administrativa tem fundamento constitucional no art. 37, § 4º, do Texto Maior: "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a

indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Trata-se de **norma de eficácia limitada** cuja aplicabilidade somente ganhou alcance prático com a promulgação da Lei n. 8.429/92.

A 27ª prova do Ministério Público/DF considerou CORRETA a afirmação: "A temática da Lei n. 8.249/92 obriga a uma aproximação entre o Direito e a Moral, acentuando os laços éticos que devem presidir a relação entre o povo e as autoridades".

Pode-se dizer que a Lei de Improbidade Administrativa definiu **contornos concretos para o princípio da moralidade administrativa**, com base no enunciado no art. 37, *caput*, da CF de 1988. Na verdade, o princípio da probidade é um **subprincípio** dentro da noção mais abrangente de moralidade. O dever de punição dos atos de improbidade é também uma imposição do **princípio da legalidade**.

Outros dispositivos constitucionais também fazem referência ao dever de probidade administrativa, tais como:

a) art. 14, § 9º: "lei complementar estabelecerá outros casos de **inelegibilidade** e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta";

b) art. 15, V: "é vedada a **cassação de direitos políticos**, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º";

c) art. 85, V: "são **crimes de responsabilidade** os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V – a probidade na administração".

10.3 DEFESA CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição de 1988 definiu como princípio vinculante para a Administração Pública direta e indireta de cada um dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever de respeito à moralidade administrativa (art. 37, *caput*) e às sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º).

O Texto Maior estabelece **dois mecanismos processuais** principais com natureza de **garantias fundamentais**, para defesa da moralidade administrativa:

a) ação popular, tendo como base o art. 5º, LXXIII, da CF, segundo o qual "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência";

b) ação de improbidade administrativa, fundamentada no art. 37, § 4º, da CF: "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento

ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem **prejuízo da ação penal cabível**".

A prova da Magistratura/PA – 2008 considerou CORRETA a assertiva: "A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados 'atos de improbidade'. Tal conduta poderá ser sancionada com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

As **diferenças centrais** entre a ação popular e a ação de improbidade estão na **legitimidade ativa** e nos **pedidos** que podem ser formulados.

Isso porque a **ação popular** só pode ser proposta pela **pessoa física** em pleno gozo de direitos políticos (cidadão) e a sentença promove essencialmente a **anulação do ato** lesivo à moralidade, assim como a condenação do réu ao **pagamento de perdas e danos** (art. 11 da Lei n. 4.717/65).

Pelo contrário, a **ação de improbidade administrativa** só pode ser intentada pelo **Ministério Público** ou pela **pessoa jurídica interessada** (art. 17 da Lei n. 8.429/92), e tem como **efeitos** possíveis da sentença:

A prova da Magistratura/PR – 2006 considerou INCORRETA a assertiva: "A ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei n. 8.429/92, será proposta pelo Ministério Público, pela pessoa jurídica interessada ou por associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público".

a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente;

b) ressarcimento integral do dano;

c) perda da função pública;

d) suspensão dos direitos políticos;

e) multa civil;

f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou **creditícios**.

Acrescentando a indisponibilidade de bens no rol das sanções da LIA, a 23ª prova do MPF considerou INCORRETA a assertiva: "Os atos de improbidade administrativa importarão a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, o ressarcimento ao erário e a cassação dos direitos políticos, sem prejuízo da ação penal cabível".

Frise-se que não há impedimento de qualquer natureza à propositura simultânea de ação popular e ação de improbidade administrativa motivadas em somente uma conduta lesiva.

10.4 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 não definiu claramente de quem é a competência para criar leis punitivas contra a prática de atos de improbidade administrativa. Entretanto, tendo em vista a natureza das penas previstas, deve-se concluir que o tema é de competência legislativa **privativa da União**.

10.5 ABRANGÊNCIA E NATUREZA DA LEI N. 8.429/92

Nos termos do disposto no art. 1º da Lei n. 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos atos praticados por **qualquer agente público**, servidor ou não,

A 18ª prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a afirmação: "Reputa-se agente público, para efeitos da Lei n. 8.429/92, tão somente aquele que por eleição ou nomeação exerça mandato ou cargo na Administração direta dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Territórios".

contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

O parágrafo único do mesmo dispositivo estende as penalidades previstas na lei também aos atos praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Sendo aplicável simultaneamente a todos os âmbitos federativos, a Lei n. 8.429/92 tem **natureza jurídica de lei nacional**, diferindo das leis federais comuns que são obrigatórias somente para a esfera federal.

10.6 SUJEITO PASSIVO DO ATO DE IMPROBIDADE

Sujeito passivo é a entidade que sofre as consequências do ato de improbidade administrativa. Conforme o disposto no art. 1º da Lei n. 8.429/92, podem ocupar essa condição pessoas jurídicas organizadas nas seguintes categorias:

a) administração pública direta: composta pelas pessoas federativas, a saber, União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios;

b) administração pública indireta: são autarquias, fundações públicas, associações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais;

c) empresas incorporadas ao patrimônio público ou de **entidade cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual:** com essa referência, o legislador quis reforçar a inclusão, no rol dos sujeitos passivos dos atos de improbidade, das chamadas empresas governamentais, ou seja, empresas públicas e sociedades de economia mista;

d) entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, provenientes de órgãos públicos: as pessoas jurídicas privadas, não pertencentes ao Estado, também podem figurar como sujeito passivo de ato de improbidade administrativa desde que recebam algum tipo de vantagem concedida pelo Poder Público, tais como: subvenções, benefícios, incentivos fiscais ou incentivos creditícios. Porém, nesses casos, a sanção patrimonial fica limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (art. 1º, parágrafo único, da LIA). Nessa categoria, estão enquadradas, além das pessoas jurídicas pertencentes ao **Terceiro Setor** que recebem receitas diretamente do Estado, tais

como as organizações sociais e organizações da sociedade civil de **interesse público**, as **entidades parafiscais** que arrecadam tributos de seus membros e associados, como os partidos políticos e entidades sindicais;

A prova do Ministério Público/AM – 2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Estão sujeitos às penalidades da LIA os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, a exemplo das entidades beneficentes de assistência social".

e) entidades cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual: o ato de improbidade também pode ser praticado contra as denominadas empresas privadas com participação estatal, isto é, aquelas em que o Estado detenha percentual minoritário na composição do capital votante. Nesse caso, a entidade não pertence à Administração Pública, mas é sujeito passivo de atos de improbidade. É o que ocorre, por exemplo, com as sociedades de propósito específico criadas para gerir parcerias público-privadas (art. 9º, § 4º, da Lei n. 11.079/2004).

▶ ATENÇÃO: A **legitimidade ativa** para propositura da ação de improbidade administrativa é **concorrente** entre as entidades acima mencionadas e o Ministério Público.

10.7 SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE

O art. 1º da LIA prescreve que o ato de improbidade administrativa pode ser praticado por **"qualquer agente público, servidor ou não"**. Essa é a primeira referência da Lei ao sujeito ativo do ato de improbidade.

A menção a "qualquer agente público" significa que os atos de improbidade podem ser praticados por **todas as categorias de agentes públicos,** incluindo servidores estatutários, empregados públicos celetistas, agentes políticos, contratados temporários e particulares em colaboração com a Administração, tais como os requisitados de serviço (mesários e conscritos, por exemplo). A LIA aplica-se também a funcionários e dirigentes de sindicatos, entidades do terceiro setor, como as **assistenciais**, e pessoas componentes do sistema "S".

A prova do Ministério Público/AM – 2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A LIA aplica-se àquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades beneficentes de assistência social".

Nesse sentido, o art. 2º da LIA esclarece que: "reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou **sem remuneração**, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Entendendo que a referência legal a condutas "dolosas ou culposas" envolve a avaliação de elementos subjetivos, a prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Na prática de atos de improbidade administrativa, mesmo os que exercem, sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função pública são considerados agentes públicos".

A prova da OAB/PR considerou INCORRETA a afirmação: "Somente os agentes públicos podem ser considerados sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa".

Entretanto, o art. 3º estende as penas previstas na Lei também àquele que, mesmo **não sendo agente público**, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou **indireta**. Assim, admite-se a sujeição de particulares às penalidades da LIA, desde que induzam, concorram ou se beneficiem dos **atos de improbidade**. Sem estar enquadrado nessa condição de "colaborador" com a conduta ímproba de agente público, o particular, agindo separadamente, não está submetido às penas da LIA.

A prova da Magistratura/PA – 2008 considerou CORRETA a assertiva: "Além dos agentes públicos, terceiros podem ser sujeitos ativos de improbidade administrativa. O terceiro, quando beneficiário direto ou indireto do ato de improbidade, só pode ser responsabilizado por ação dolosa, ou seja, quando tiver ciência da origem ilícita da vantagem".

Em síntese, conclui-se que a Lei n. 8.429/92 é aplicável:

a) a todas as categorias de agentes públicos;

b) a não agentes, desde que induzam, concorram ou se beneficiem dos atos de improbidade.

A 18ª prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a afirmação: "Sem qualquer restrição, o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da LIA".

A prova da OAB Nacional 2009.1 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da lei além do limite do valor da herança".

Portanto, o sujeito ativo do ato de improbidade é quem figurará no polo passivo da ação judicial de improbidade administrativa.

O **sucessor** daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei **até o limite do valor da herança** (art. 8º da LIA).

10.7.1 A questão dos agentes políticos

A Lei n. 8.429/92 não faz qualquer restrição do seu alcance quanto aos agentes políticos. Pelo contrário. O art. 25, ao tratar da prescrição da ação de improbidade, afirma que o prazo para propositura é de cinco anos após o término do "exercício de mandato", de cargo em comissão ou de função de confiança. A simples referência a "mandato" já autoriza a conclusão de que a lei pretende punir também os agentes políticos que praticam ato de improbidade administrativa.

Entretanto, o **Supremo Tribunal Federal,** no julgamento da Reclamação Constitucional n. 2.138, de 13-6-2007, passou a entender que **a Lei de Improbidade não se aplica aos agentes políticos** quando a mesma conduta já for punida pela **Lei dos Crimes de Responsabilidade – Lei n. 1.079/50**.

Abaixo, as partes mais importantes do referido julgado.

"EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.

1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. **A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos**: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, *c* (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, *c*, da Constituição (Rcl 2.138/DF, Tribunal Pleno, j. em 13-6-2007, Rel. Min. Nelson Jobim, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes)."

A preocupação central do Supremo Tribunal Federal foi **evitar o *bis in idem*** ou a dupla punição, estabelecendo um critério capaz de conciliar a aplicação das Leis n. 8.429/92 e 1.079/50. Como esta última é lei especial em relação aos agentes políticos, afasta a incidência da LIA quando a conduta estiver tipificada nas duas leis.

Importante frisar que o entendimento do Supremo exige duas condições simultâneas para que a LIA deixe de ser aplicada:

1) o agente político deve estar expressamente incluído entre os puníveis pela Lei n. 1.079/50;

2) a conduta precisa estar tipificada na Lei n. 1.079/50 e na Lei n. 8.429/92.

Os arts. 2º e 74 da Lei n. 1.079/50 esclarecem quais agentes políticos estão sujeitos à prática de crimes de responsabilidade:

a) Presidente da República;

b) Ministro de Estado;

c) Procurador-Geral da República;

d) Ministro do Supremo Tribunal Federal;

e) Governador;

f) Secretário de Estado.

Esses, portanto, são os agentes políticos que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e atendidas as condições acima mencionadas, não se submetem às penas da Lei de Improbidade.

Mais complexa é a questão que envolve a sujeição de prefeitos e vereadores à Lei de Improbidade. É que o Decreto-Lei n. 201/67 define crimes praticados por prefeitos e vereadores, sem diferenciar entre comuns e de responsabilidade. Aplicando-se a mesma lógica usada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à Lei n. 1.079/50, os agentes políticos da esfera municipal também estariam fora do alcance da LIA. Mas ainda não há entendimento do Supremo sobre tal questão. Assim, é mais seguro

sustentar em concursos públicos **que prefeitos e vereadores continuam sujeitos à LIA**, sem prejuízo da aplicação das penas descritas no Decreto-Lei n. 201/67.

Importante destacar que o **Estatuto da Cidade**, Lei n. 10.257/2001, em seu art. 52, enumera hipóteses específicas de **improbidade administrativa** cometida **pelos prefeitos**:

a) deixar de proceder, no prazo de cinco anos, ao adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público;

b) utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com a legislação;

c) aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com a legislação;

d) aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com a legislação;

e) impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III, do § 4º, do art. 40, do Estatuto;

f) deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 do Estatuto;

g) adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 do Estatuto, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

10.8 ESPÉCIES DE ATO DE IMPROBIDADE

A Lei n. 8.429/92, em seus arts. 9º a 11, define **um rol exemplificativo** das condutas que caracterizam improbidade administrativa, dividindo-as em três grupos distintos segundo a gravidade do comportamento:

a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º): são as condutas de maior gravidade, apenadas com as sanções mais rigorosas. Em regra, tais condutas causam aos cofres públicos prejuízo associado a um acréscimo indevido no patrimônio do sujeito ativo;

b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10): possuem gravidade intermediária. Não produzem enriquecimento do agente público, mas provocam uma lesão financeira aos cofres públicos;

c) atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11): comportamentos de menor gravidade. Não desencadeiam lesão financeira ao erário, nem acréscimo patrimonial ao agente.

> ATENÇÃO: A caracterização do **ato de improbidade não exige a ocorrência de lesão financeira ao erário**. Embora na linguagem comum "improbidade" seja quase um sinônimo de "desvio de verbas públicas", o art. 11 da Lei de Improbidade permite concluir que pode haver improbidade administrativa no simples descumprimento de princípio administrativo, sem qualquer prejuízo financeiro aos cofres públicos. Os atos de improbidade descritos na LIA envolvem sempre uma **lesão presumida ao interesse público**.

Convém analisar separadamente cada uma das espécies de ato de improbidade administrativa.

10.8.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º)

A primeira categoria de ato de improbidade, prevista no art. 9º da LIA, descreve as **condutas mais graves** puníveis com base nesse diploma normativo. São hipóteses em que o agente público **aufere uma vantagem patrimonial indevida** em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou **atividade pública**.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/AL elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "No exercício de sua função, o funcionário público Herivelto pratica ato contrário à lei, do qual resulta para si enriquecimento ilícito. Em decorrência, de acordo com a Lei de Improbidade Administrativa e em relação aos bens acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, perderá esses bens ou valores, além de estar sujeito a outras sanções previstas na referida lei".

O **rol exemplificativo** desse tipo de ato de improbidade está previsto nos doze incisos do art. 9º da LIA:

"I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços por preço superior ao valor de mercado;

III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV – utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° da LIA, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º da LIA;

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

A 179ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a afirmação: "Constitui ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito perceber o agente público vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza".

IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de **verba pública de qualquer natureza**;

X – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° da LIA;

XII – usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° da LIA".

10.8.1.1 Sanções cabíveis

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (art. 12, I, da LIA):

a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;

b) ressarcimento integral do dano, quando houver;

c) perda da função pública;

d) suspensão dos direitos políticos **de oito a dez anos**;

e) pagamento de multa civil de **até três vezes o valor do acréscimo patrimonial**; e

f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo **prazo de dez anos**.

10.8.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10)

Entendendo que a referência legal à conduta "dolosa ou culposa" envolve a avaliação de elementos subjetivos do comportamento, a prova da OAB Nacional 2008.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Na avaliação da improbidade por dano ao erário, o juiz deve analisar o elemento subjetivo da conduta do agente".

O segundo tipo de ato de improbidade, cujas hipóteses estão exemplificativamente indicadas no art. 10 da LIA, envolve **condutas de gravidade intermediária**. Trata-se de casos em que o agente público **causa lesão ao erário** por meio de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial,

desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas mencionadas na Lei.

As hipóteses mais importantes estão listadas no art. 10 da LIA, a saber:

"I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º da LIA;

II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º da LIA, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à **espécie**;

A prova da OAB/MT considerou CORRETA a assertiva: "Paulo é servidor público federal responsável pelos equipamentos e materiais permanentes de um determinado órgão público. Certo dia, Paulo permitiu que o servidor Júlio utilizasse veículo oficial para tratar de questões pessoais, ou seja, viajar para a praia com a família no feriado prolongado. Para tanto, Paulo autorizou a retirada do veículo e determinou que João Mauro, servidor público, com cargo de motorista, dirigisse o veículo e o abastecesse nos postos contratados pelo Governo Federal para o fornecimento de combustível, em nome da União. Nesse caso, de acordo com a LIA, Paulo praticou ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário".

III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º da LIA, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV – permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º da LIA, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII – conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII – frustrar a licitude de **processo licitatório** ou dispensá-lo indevidamente;

A prova de Auditor do TCU 2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A conduta do administrador público no sentido de fraudar a licitação e desviar dinheiro público constitui ato de improbidade administrativa, fazendo com que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, ele fique sujeito, entre outras, às seguintes cominações: ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa".

IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° da LIA, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

A prova de Técnico Judiciário do TRT/MA elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "De acordo com a classificação e enumeração dada pela Lei n. 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário público celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei".

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as **formalidades previstas na lei**".

10.8.2.1 Sanções cabíveis

Sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade que causa lesão ao erário sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (art. 12, II, da LIA):

a) ressarcimento integral do dano;

b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância;

c) perda da função pública;

d) suspensão dos direitos políticos **de cinco a oito anos**;

e) pagamento de multa civil de **até duas vezes o valor do dano**; e

f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo **prazo de cinco anos**.

10.8.3 Atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11)

A última espécie de ato de improbidade, descrita no art. 11 da LIA, envolve as **condutas de menor gravidade** que **atentam contra os princípios da administração pública,** violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, mas sem provocar qualquer lesão financeira ao erário.

A prova de Técnico Judiciário do TRT/AL elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Geribaldo, funcionário público federal, sem estar movido por interesse ou sentimento pessoal, deixa de praticar, indevidamente, ato administrativo de sua competência, sem que disso resulte enriquecimento ilícito ou lesão ao erário. De acordo com a Lei de Improbidade Administrativa, sua conduta caracteriza ato de improbidade administrativa".

O art. 11 da Lei n. 8.429/92 enumera o seguinte **rol taxativo**:

"I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, **ato de ofício**;

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em **segredo**;

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço".

10.8.3.1 Sanções cabíveis

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (art. 12, III, da LIA):

a) ressarcimento integral do dano, se houver;

b) perda da função pública;

c) suspensão dos direitos políticos **de três a cinco anos**;

d) pagamento de multa civil de **até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente**; e

e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo **prazo de três anos**.

10.9 CATEGORIAS DE ATOS DE IMPROBIDADE

Quadro comparativo entre as três categorias de atos de improbidade

	Atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito do agente	Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário	Atos de improbidade que atentam contra princípios da administração pública
Previsão legal	Art. 9º da LIA	Art. 10 da LIA	Art. 11 da LIA
Características	Produzem uma vantagem patrimonial indevida para o agente.	Ensejam perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens públicos.	Não causam prejuízo financeiro ao erário, mas desatendem deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.
Tipo de conduta	Dolosa	Dolosa ou culposa	Dolosa

Continua

Continuação

Quadro comparativo entre as três categorias de atos de improbidade

Exemplos	– Receber dinheiro, gratificação ou presente no exercício da função pública. – Utilizar em proveito próprio veículos ou bens pertencentes ao serviço público.	– Permitir que terceiro utilize, em proveito próprio, verbas ou bens do serviço público. – Frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. – Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.	– Negar publicidade aos atos oficiais. – Praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência. – Frustrar a licitude de concurso público.
Sanções cabíveis	– Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. – Ressarcimento integral do dano, quando houver. – Perda da função pública. – Suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos. – Pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial. – Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.	– Ressarcimento integral do dano. – Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância. – Perda da função pública. – Suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos. – Pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano. – Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.	– Ressarcimento integral do dano, se houver. – Perda da função pública. – Suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos. – Pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente. – Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

10.10 DECLARAÇÃO DE BENS

A prova da Defensoria Pública/CE 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A posse e o exercício de agente público em seu cargo ficam condicionados à apresentação de declaração de bens e valores que compõem seu patrimônio, a fim de ser arquivada no setor de pessoal do órgão".

Determina o art. 13 da LIA que a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores componentes de seu **patrimônio privado**.

A declaração deverá indicar imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e

qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico (art. 13, § 1º, da LIA).

10.11 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No julgamento do Recurso Especial n. 892.818-RS, o Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicação do princípio da insignificância na prática de atos de improbidade administrativa.

O caso tratado na decisão envolvia o uso de carro oficial e da força de trabalho de três servidores municipais para transportar móveis particulares de chefe de gabinete de prefeitura municipal.

O Tribunal entendeu que nos atos de improbidade está em jogo a moralidade administrativa, "não se admitindo que haja apenas um pouco de ofensa, sendo incabível o julgamento basear-se exclusivamente na ótica econômica".

Portanto, o **princípio da insignificância** e a **teoria dos delitos de bagatela não se aplicam** aos atos de improbidade administrativa.

10.12 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Tendo ciência da prática de ato de improbidade, qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para que realize as investigações pertinentes (art. 14).

A representação deverá ser feita por escrito ou, se oral, reduzida a termo e assinada, devendo obrigatoriamente conter a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento (art. 14, § 1º).

Instituída a comissão processante, deverá ser dado conhecimento ao **Ministério Público** e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade (art. 15).

A prova de Agente da CGU/2006 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O Ministério Público deve ser informado da existência de procedimento administrativo instaurado para apurar a prática de ato de improbidade, antes mesmo da sua conclusão".

Se houver fundados indícios de responsabilidade, a comissão processante representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a **decretação do sequestro** dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 16).

A prova de Agente da CGU/2006 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Havendo fundados indícios de enriquecimento ilícito, pode ser requerido o sequestro dos bens do beneficiário, antes mesmo de concluído o procedimento administrativo".

A 18ª prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a afirmação: "A LIA define as regras que deverão ser observadas no pedido de sequestro de bens, que será requerido quando houver fundados indícios de responsabilidade do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público".

A LIA não define as regras que deverão ser observadas no pedido de sequestro. Isso porque o art. 16, § 1º, da Lei n. 8.429/92 determina que o pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do **Código de Processo Civil**.

O Ministério Público e a pessoa jurídica prejudicada pela improbidade poderão, quando for o caso, formular pedido de **medida cautelar** para:

a) **sequestro, investigação, exame ou bloqueio de bens**;

b) **bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras** mantidas pelo indiciado no exterior.

10.13 AÇÃO JUDICIAL DE IMPROBIDADE

A efetiva aplicação das sanções previstas na LIA é de competência privativa do Poder Judiciário, não podendo ser realizada pela Administração Pública (STF, *RTJ*, 195/73).

Reforçando a desnecessidade de prova pré-constituída para propositura da ação de improbidade, o Exame da OAB Nacional 2007.1 elaborado pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O Ministério Público deve provar, logo na inicial, o ato qualificado como de improbidade administrativa, não bastando que se afirme que o fará ao longo da instrução processual".

A ação de improbidade administrativa deve ser **proposta na primeira instância** e sua tramitação segue o **rito ordinário**, aplicando-se subsidiariamente as regras da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Não há foro determinado por prerrogativa de função na ação de **improbidade** (STF, ADI 2.860). Isso porque o rol das matérias de competência originária dos tribunais é constitucionalmente fixado, tendo natureza taxativa.

A 179ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a afirmação: "O Ministério Público também se acha legitimado pela Lei n. 8.429/92 para promover inquérito civil e ajuizar a demanda principal".

Somente o **Ministério Público** e a pessoa jurídica prejudicada podem propor ação de improbidade administrativa. Quando não for autor, o **Ministério Público obrigatoriamente atuará como fiscal da lei**, sob pena de nulidade do processo.

A 18ª prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a afirmação: "O Ministério Público somente intervirá no processo referente à improbidade administrativa como parte".

A prova do Ministério Público/AM – 2007 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Quando a ação de improbidade administrativa for proposta por pessoa jurídica interessada e não pelo MP, fica este desobrigado de intervir na ação".

Nos termos do art. 17, § 1º, da LIA, **não se admite transação, acordo ou conciliação** na ação de improbidade **administrativa**. Não há, tampouco, previsão na LIA para elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), diferentemente do que ocorre na Lei de Ação Civil Pública.

Estando a inicial em termos, o juiz mandará autuá-la e ordenará a **notificação** do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Só depois será realizada a citação do réu para contestar **o feito**.

A prova da Defensoria Pública/CE 2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Uma vez proposta ação de improbidade administrativa, o Juiz, verificada a observância dos requisitos da petição inicial, determinará a citação dos réus para, querendo, oferecer contestação".

A prova da OAB Nacional 2008.3 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O juiz deve, antes de determinar a citação da ação de improbidade, proceder à notificação prévia do acusado".

A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

A efetivação da suspensão dos direitos políticos e a perda do cargo somente ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Admite-se, no entanto, que a autoridade administrativa ou o juiz, no interesse da investigação, determine o afastamento temporário do agente, hipótese em que ele permanecerá recebendo a remuneração mesmo afastado.

10.14 DOSIMETRIA DA PENA

Segundo prescreve a LIA, na fixação das penas por ato de improbidade, o juiz levará em conta a **extensão do dano causado**, assim como **o proveito patrimonial obtido pelo agente** (art. 12, parágrafo único).

A 18ª prova do Ministério Público/RO considerou CORRETA a afirmação: "Na fixação das penas previstas na LIA, o Juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente".

10.15 PRESCRIÇÃO

O art. 23 da Lei n. 8.429 determina que as ações destinadas a levar a efeito as sanções decorrentes de improbidade administrativa poderão ser propostas:

a) **até cinco anos** após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de **confiança**. O prazo, assim, não começa a fluir do **ato em si**;

b) **dentro do prazo prescricional previsto em lei específica** para faltas disciplinares

A prova da Defensoria Pública/CE 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A fluência do prazo prescricional de cinco anos para condenação por ato de improbidade administrativa praticado por Governador de Estado não é iniciada no ato administrativo em si, mas somente começará a ser contada após o término do exercício do mandato".

A prova do Ministério Público/AM – 2007 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na lei em questão podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego".

puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou **emprego**.

Entretanto, em atenção ao disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, na hipótese de o ato causar **prejuízo ao erário**, a ação de improbidade administrativa **é imprescritível**. Enuncia a citada norma: "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**".

Esse foi o entendimento adotado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1069779, datado de 30-9-1998, cuja síntese é abaixo transcrita:

"As ações de ressarcimento do erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa são imprescritíveis. A conclusão da Segunda Turma foi tomada durante o julgamento de um recurso especial, seguindo, por unanimidade, o entendimento do ministro Herman Benjamin, relator da questão. Para o relator, o artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) – que prevê o prazo prescricional de cinco anos para a aplicação das sanções previstas nessa lei – disciplina apenas a primeira parte do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, já que, em sua parte final, a norma constitucional teve o cuidado de deixar 'ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento', o que é o mesmo que declarar a sua imprescritibilidade. Dessa forma, entende, **prescreve em cinco anos a punição do ato ilícito, mas a pretensão de ressarcimento pelo prejuízo causado ao erário é imprescritível**. O entendimento é que **o prazo de cinco anos é apenas para aplicação de pena (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público), não para o ressarcimento dos danos aos cofres públicos**. Os ministros também estabeleceram que, no caso, as penalidades previstas na Lei de Improbidade podem ser aplicadas às alterações contratuais ilegais realizadas na vigência da norma, ainda que o contrato tenha sido celebrado anteriormente. Isso porque, pela aplicação do princípio *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), deve ser considerado o momento da prática do ato ilícito, e não a data da celebração do contrato. Dessa forma, após a promulgação da Lei n. 8.429/1992, as sanções nela previstas aplicam-se imediatamente aos contratos em execução, desde que os ilícitos tenham sido praticados na vigência da lei. 'A Lei n. 8.429 não inventou a noção de improbidade administrativa, apenas lhe conferiu regime jurídico próprio, com previsão expressa de novas sanções, não fixadas anteriormente', resume o relator. Antes dela, completa, já se impunha ao infrator a obrigação de ressarcir os cofres públicos. O ministro Herman Benjamin ressaltou que um dos fundamentos para chegar à solução proposta em seu voto consiste na efetividade do princípio da moralidade administrativa. Isso equivale a dizer que,

em época de valorização do metaprincípio da moralidade, não se admite a interpretação das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa seguindo-se a lógica da 'vala comum' dos prazos prescricionais, que tomaram por base conflitos individuais de natureza privada".[1]

A tese da imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa, no que tange ao ressarcimento dos danos causados ao erário, encontra resistência em setores da doutrina. Alguns autores argumentam que ações imprescritíveis violam o princípio da segurança jurídica e causam instabilidade social. Porém, **em concursos públicos**, é mais seguro adotar o **entendimento favorável à imprescritibilidade**, nos termos do art. 37, § 5º, da CF, e na esteira do posicionamento da 2ª Turma do STJ.

10.16 A QUESTÃO DA NECESSIDADE DE DOLO NAS CONDUTAS

Existe grande controvérsia acerca da necessidade de comprovação de dolo na caracterização dos atos de improbidade administrativa.

Na 1ª edição deste Manual, sustentei o entendimento de que a responsabilidade por atos de improbidade seria obrigatoriamente subjetiva, isto é, todas as condutas exigiriam comportamento doloso.

Entretanto, a solução não é tão simples assim, especialmente porque o art. 10 da LIA prescreve que "constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º". A referência à modalidade culposa de ato de improbidade no art. 10, inexistente nos arts. 9º e 11, impõe conclusão diversa daquela que anteriormente defendi.

Atos de improbidade que **importam enriquecimento do agente** (art. 9º) e os que **atentam contra princípios** da Administração (art. 11) só podem ocorrer diante de **condutas dolosas**.

A prova da Magistratura/MG – 2006 considerou CORRETA a afirmação: "Os atos de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito não admitem a forma culposa".

Porém, os atos de improbidade que **causam lesão ao erário** (art. 10) admitem **forma culposa ou dolosa**.

10.17 QUESTÕES

1. (13ª Prova da Magistratura Federal/3ª Região) Sobre a improbidade administrativa, é correto afirmar-se que:

A) o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 2° do artigo 84 do Código de Processo Penal, por considerar que não se aplica a Lei de Improbidade Administrativa a agentes políticos, sujeitos à Lei n. 1.079/50;

B) a indisponibilidade de bens, para assegurar o integral ressarcimento do dano ao erário, pode recair sobre os adquiridos, ainda que anteriormente à prática do ato de improbidade;

---

[1] Fonte: <http://www.stj.gov.br>.

C) embora as instâncias sejam autônomas, a existência de prejudicial externa na decisão penal que reconhecer a inexistência do fato, quando em tese a conduta configurar crime, impede a aplicação, desde logo, das penas de demissão ou cassação da aposentadoria, ficando suspensos o processo administrativo e a prescrição, até a conclusão da ação penal;

D) é pacífica a jurisprudência no sentido de que o afastamento do agente público de seu cargo, emprego ou função, tal como previsto no parágrafo único do artigo 20 da Lei n. 8.429/92, somente cabe, em caso de risco à instrução processual, no curso da ação de improbidade administrativa, vedada a propositura de medida cautelar preparatória com tal finalidade.

2. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) Dentre as regras estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), inclui-se:

A) As disposições da lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

B) Para os efeitos da lei é considerado agente público apenas o ocupante de cargo efetivo ou em comissão.

C) Se a lesão ao patrimônio público ocorrer por ação ou omissão culposa, e não dolosa, do agente ou de terceiro, estes não estarão obrigados a ressarcimento do dano.

D) No caso de enriquecimento ilícito, o agente público ou terceiro beneficiário perderá metade dos bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

E) O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente não está sujeito às cominações da lei.

(Ministério Público/DF – 27ª Prova) Leia o texto e responda às próximas duas questões: "Questão das mais tormentosas é a definição da natureza da Lei da Improbidade Administrativa, o que já lhe valeu a qualificação de 'autêntica babel jurídica', posto que contém normas que, em tese, podem ser enquadradas em diversas áreas do direito. Na realidade, entretanto, parece-nos que a lei tem uma natureza mista e complementar na medida em que tem por objetivo o reforço da moralidade administrativa por meio de um sistema de penalidades adicionais às sanções tradicionais tanto do direito administrativo como do direito penal e do próprio direito civil (BUENO, Paulo Eduardo. Improbidade administrativa no exercício da atividade policial. In SAMPAIO, J. A. L. et al. (orgs.), *Improbidade administrativa* – 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte, 2002, p. 395-396)".

3. Assinale a alternativa incorreta com relação às ideias do texto:

A) O caráter complementar sugerido no texto é evidenciado quando se analisa a natureza das sanções estabelecidas pela lei, que, em sua maior parte, já estavam previstas, de certa forma, no ordenamento jurídico brasileiro. São exemplos dessas sanções, a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano e a perda da função pública.

B) A temática da Lei n. 8.249/92 obriga a uma aproximação entre o Direito e a Moral, acentuando os laços éticos que devem presidir a relação entre o povo e as autoridades.

C) A ideia de reforço à moralidade que o autor atribui às normas da Lei da Improbidade pode ser confirmada com o uso recorrente em seu texto de conceitos indeterminados. É o que ocorre, por exemplo, quando a referida lei define como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

D) O artigo 11 da Lei n. 8.249/92 não menciona o princípio da eficiência no rol de princípios da administração pública que, uma vez contrariados, poderão caracterizar ato de improbidade.

Todavia, a interpretação conforme a Constituição, com a redação que a EC n. 19/98 conferiu ao *caput* do artigo 37, aliada ao fato de que o rol do artigo 11 não é taxativo, permite afirmar que a violação ao princípio da eficiência possa caracterizar ato de improbidade administrativa.

E) A conceituação e a definição dos atos de improbidade não constituem inovações da Lei n. 8.249/92, pois a Lei n. 8.112/90, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, já o fez ao cominar a pena de demissão para a prática do ato de improbidade administrativa.

4. Ainda sobre a improbidade administrativa, é correto afirmar:

A) Os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, por gozarem de vitaliciedade, não se sujeitam à aplicação da sanção de perda do cargo, prevista na Lei n. 8.249/92.

B) Não obstante os parlamentares sejam agentes públicos dotados de certas prerrogativas, a prática, no exercício do mandato, de crime de opinião, conquanto imune nas esferas civil e criminal, não exclui a aplicação da lei de improbidade administrativa.

C) Se o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito declarar a indisponibilidade dos bens do indiciado, independentemente de representação ao Ministério Público.

D) As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei n. 8.249/92 são imprescritíveis.

E) As sanções mencionadas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal não têm a natureza de sanções penais. Além do fato de o ato de improbidade, em si, não constituir crime, embora possa eventualmente corresponder a algum ilícito previsto na lei penal, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo constitucional ao admitir a aplicação de medidas sancionadoras, "sem prejuízo da ação penal cabível".

5. (Analista Judiciário – TRT/AM – FCC) Tércio, agente político, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, poderá ser condenado, dentre outras cominações, ao ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, em decorrência dos seguintes atos de improbidade administrativa:

A) receber vantagens econômicas de qualquer natureza, mesmo que indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração de que esteja obrigado.

B) revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições do cargo, que deva permanecer em segredo.

C) perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza.

D) permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

E) realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.

6. (Procurador Federal – 2007 – Cespe) Quanto à improbidade administrativa, julgue os seguintes itens:

( ) É permitida transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, quando o dano causado ao erário for ressarcido.

( ) Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério

Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Ademais, a rejeição da representação realizada por particular à administração pública, por não se cumprirem as formalidades legais, não impede a representação ao Ministério Público.

( ) Havendo fundados indícios de responsabilidade de servidor público por ato de improbidade administrativa, à comissão processante também será possível representar à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

7. (Analista Administrativo – TRT/AM – FCC) Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, notadamente,

A) frustrar a licitude de concurso público e ordenar a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.
B) facilitar a permuta de bem por preço superior ao de mercado e praticar ato visando a fim proibido em lei.
C) retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício e negar publicidade aos atos oficiais.
D) agir negligentemente na arrecadação de tributos e rendas e revelar fato de que tem ciência em razão das atribuições.
E) deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo e dispensar o processo licitatório indevidamente.

8. (OAB/SP – 122º) Agente público pode ser condenado por improbidade administrativa por ato que não importou enriquecimento ilícito nem causou prejuízo ao erário?

A) não, porque improbidade administrativa é considerada crime, com responsabilização objetiva do agente público;
B) não, pela ausência de dano ao erário público;
C) sim, ainda que o agente tenha agido de boa-fé e dentro da legalidade;
D) sim, desde que o ato atente contra os princípios da Administração Pública.

9. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) Dentre os critérios a serem observados no processo administrativo, segundo a Lei n. 9.784/99, NÃO se inclui

A) divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.
B) objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades.
C) impulsão, de ofício, do processo administrativo, com prejuízo da atuação dos interessados.
D) proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei.
E) adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

10. (OAB/SP – 128º) Para a procedência da Ação de Improbidade Administrativa, a doutrina tem entendido que não basta existir ilícito administrativo e prejuízo ao erário público. Faz-se necessária também a:

A) conexão entre o ilícito e o erário público;
B) presença do dolo do agente;
C) comprovação da culpa do agente;
D) comprovação do benefício à empresa contratada pelo Poder Público.

11. (Magistratura/TO – 2007 – Cespe) A Constituição de determinado estado da Federação atribuiu ao respectivo tribunal de justiça a competência para processar e julgar os atos de improbidade dos procuradores do estado. Lúcia, procuradora desse estado, encontra-se respondendo a processo de improbidade. Com base nessa situação hipotética e nos precedentes do STF, assinale a opção correta acerca da improbidade administrativa e do processo administrativo disciplinar.

A) É inconstitucional a norma da Constituição estadual, pois somente a União tem competência para legislar, por meio de lei federal, sobre competência em matéria de improbidade administrativa.
B) Se Lúcia for diplomada em cargo eletivo federal, os autos deverão ser encaminhados ao STF.
C) A natureza jurídica da ação de improbidade é penal.
D) O Poder Executivo estadual não tem competência para aplicar administrativamente as penalidades previstas na lei de improbidade administrativa federal.

12. (OAB/MG – 2007.1) Considere que determinado agente público deixou de prestar contas ao Tribunal de Contas da União, contudo, a referida omissão não causou dano ao erário nem gerou enriquecimento ilícito. Nos termos da legislação vigente, tal conduta caracteriza-se como:

A) improbidade administrativa, punível, dentre outras, com multa civil;
B) contravenção penal, punível com detenção de 3 a 5 anos;
C) infração disciplinar, punível, dentre outras, com a perda dos direitos políticos;
D) crime, punível com detenção de 8 a 10 anos.

13. (OAB/SP – 132º) Um perito judicial que receba um bem imóvel para elaborar laudo que favoreça uma das partes em juízo pode ser enquadrado no conceito de improbidade administrativa?

A) não, porque a improbidade administrativa não se aplica à função judicial;
B) sim, por se tratar de desvio ético de conduta de agente público no desempenho de função pública;
C) sim, desde que o perito seja funcionário público;
D) não, porque seu enriquecimento ilícito não acarretou danos à Administração.

14. (Técnico Judiciário – TRT/PR – Cespe) Considere a seguinte situação hipotética. João, que tinha cargo exclusivamente em comissão na administração pública direta, praticou, entre outros, ato de improbidade previsto na Lei n. 8.429/92. Em razão disso, foi exonerado do cargo, alguns dias depois. Nessa situação, João não poderá mais sofrer a aplicação da penalidade administrativa de destituição do cargo em comissão.

15. (Técnico Judiciário – TRT/PR – Cespe) As penalidades previstas na lei de improbidade (Lei n. 8.429/92) se aplicam, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indiretamente.

16. (Magistratura/MG – 2006) Os atos de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito:

A) não admitem a forma culposa;
B) acarretam, ainda que culposamente, prejuízo ao erário;

C) estão previstos, de forma exaustiva, no art. 9º da Lei de Improbidade;
D) exigem ressarcimento integral dos danos causados;
E) nenhuma das anteriores.

17. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) De acordo com a Lei n. 8.429/92, dentre os atos que constituem improbidade administrativa que causam lesão ao erário NÃO se inclui:
A) Realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.
B) Permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.
C) Ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.
D) Perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza.
E) Frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

18. (Analista Judiciário – TRT/AL – FCC) Hervaldo, funcionário público efetivo, adquiriu um imóvel cujo valor é desproporcional à sua renda, não tendo ele outro rendimento além daquele decorrente do seu cargo, nem recebido herança ou qualquer tipo de prêmio, o que caracteriza, em tese, ato de improbidade administrativa. Nesse caso,
A) não está sujeito às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa, se for processado criminalmente por corrupção passiva, tendo daí resultado o dinheiro para aquisição do imóvel;
B) está sujeito às penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, somente;
C) está sujeito às penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo de sanções civis, penais e administrativas cabíveis;
D) se for demitido em razão de processo administrativo, reconhecendo conduta ilegal que tenha sido a fonte dos recursos para a aquisição do imóvel, não responderá por ato de improbidade administrativa;
E) não está sujeito à pena de proibição de contratar com o Poder Público, prevista na Lei de Improbidade Administrativa, se pedir demissão antes do término do processo a que responde, nos termos dessa lei.

19. (Analista Judiciário – TRT/Campinas – FCC) É norma prevista na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92):
A) Constitui infração administrativa a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.
B) O Ministério Público não pode, de ofício, requisitar a instauração de procedimento administrativo para apurar ilícito previsto na Lei de Improbidade.
C) Em vista da gravidade da infração, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos podem se efetivar antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória.
D) A aplicação das sanções previstas na lei de improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.
E) Para os agentes exercentes de mandatos, as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei de Improbidade prescrevem em oito anos após o término do exercício do respectivo mandato.

20. (OAB/MG – 2006.2) A respeito da improbidade administrativa, marque a alternativa incorreta:

A) os tipos de improbidade administrativa da Lei n. 8.429/92 são meramente exemplificativos;
B) só os agentes públicos respondem por improbidade administrativa;
C) a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública;
D) entre as sanções aplicáveis à improbidade administrativa estão a perda de função pública e a proibição de receber incentivos fiscais e creditícios do poder público.

21. (Analista Judiciário – TRT/RJ – Cespe) Quanto à improbidade administrativa, assinale a opção correta.

A) Ação de improbidade proposta contra ministro do STF será processada e julgada nesse tribunal.
B) Se o responsável pelas licitações de um tribunal tiver sido exonerado do cargo em 22/1/2004 por improbidade administrativa, nessa situação, se a ação de improbidade tiver sido proposta em 30/12/2004 pelo Ministério Público contra atos lesivos ao patrimônio público estará prescrita.
C) A rejeição de representação de improbidade por autoridade administrativa impede o particular de requerê-la ao Ministério Público.
D) Mediante concessões recíprocas em que haja recomposição do dano, será lícita a transação das partes na ação de improbidade administrativa.
E) Na ação de improbidade administrativa, o réu poderá apelar da decisão que receber a petição inicial.

22. (Técnico Judiciário – TRT/RJ – Cespe) Em relação à improbidade administrativa, assinale a opção correta.

A) Uma vez proposta ação de improbidade administrativa, o juiz, verificada a observância dos requisitos da petição inicial, determinará como primeiro ato judicial a citação dos réus, para o fim de interromper a prescrição.
B) Empresa que agir em conluio com agente público na prática de ato ímprobo poderá responder pelas condutas descritas na Lei n. 8.429/92, e o prazo prescricional terá início após o término do contrato administrativo firmado.
C) A aprovação das contas do agente público pelo TCU afasta a aplicação de penalidade por improbidade.
D) A fluência do prazo prescricional de cinco anos para condenação por ato de improbidade administrativa praticado por governador de estado somente é iniciada após o término do exercício do mandato.
E) A aplicação das penalidades por ato de improbidade depende da demonstração de dano financeiro ao patrimônio público.

23. (OAB/RJ) Agente público pode ser condenado nas penas de improbidade administrativa por praticar, nessa qualidade, ato imoral que, além de não ter gerado prejuízo para a Administração, não reflete corrupção econômica?

A) sim, por ofensa, ainda que culposa, ao princípio da moralidade administrativa, de assento constitucional;
B) sim, porque a improbidade administrativa, embora dependa de uma ação ou omissão dolosa do agente público, prescinde da ocorrência de dano ao patrimônio público e de indício de corrupção econômica;

C) sim, desde que o ato de improbidade administrativa vise à satisfação de interesse pessoal do agente ou de terceiro;
D) não, porque a improbidade relaciona-se, sempre, com valores e questões materiais.

24. (Analista Judiciário – TRT/SP) Constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito,
A) facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º da lei que trata deste assunto;
B) aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;
C) conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
D) permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
E) revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

25. (Analista Judiciário – TRT/SP) Nas hipóteses de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, o agente está sujeito, dentre outras penalidades, à suspensão dos direitos políticos de
A) oito a doze anos e pagamento de multa civil de até cinco vezes o valor do acréscimo patrimonial;
B) cinco a oito anos e pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano;
C) três a cinco anos e pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente;
D) oito a dez anos e pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;
E) seis a dez anos e pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano.

26. (Analista de Finanças e Controle da CGU – Esaf) Configura ato de improbidade administrativa no exercício da função pública:
I. o servidor que adquirir bens cujo montante seja incompatível com a sua renda se não conseguir comprovar a origem lícita dos mesmos;
II. o funcionário do Ministério da Saúde que, fora do horário normal de expediente, presta serviços de informática a uma empresa que não é fornecedora de bens ou serviços para esse Ministério;
III. o servidor do setor de fiscalização de uma agência reguladora que, nos períodos de férias, presta consultoria para empresa da área de regulação dessa agência;
IV. o servidor que, por negligência, atesta a realização de serviço que não foi realizado;
V. o chefe do setor de compras que recebe passagem aérea e estadia em hotel, pagas por um fornecedor interessado em fazer demonstração de novos produtos.
Estão corretas:
A) as afirmativas I, II, III, IV e V;
B) apenas as afirmativas II, IV e V;
C) apenas as afirmativas I, III, IV e V;
D) apenas as afirmativas I, IV e V;
E) apenas as afirmativas I, III e V.

11

RELAÇÃO JURÍDICA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

11.1 INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Administrativo pela ótica das relações jurídicas é uma nova e promissora perspectiva de compreensão das diversas formas de atuação da Administração Pública.[1]

Embora bastante difundida na Europa, especialmente em países como Alemanha e Itália, a teoria da relação jurídico-administrativa ainda não mereceu um tratamento pormenorizado entre os doutrinadores brasileiros.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a teoria da relação jurídico-administrativa, ou relação de Administração Pública, é uma forma de estudar o Direito Administrativo a partir das **diversas espécies de vinculações intersubjetivas** surgidas **no exercício da função administrativa**. Trata-se de uma abordagem que posiciona a pessoa, o sujeito de direito, como o conceito central do Direito Administrativo, enfatizando a necessidade de a Administração Pública atuar pautada na observância dos direitos e garantias fundamentais do administrado.

11.2 VANTAGENS DA TEORIA

Tradicionalmente, o Direito Administrativo sempre foi estudado a partir da noção fundamental de ato administrativo. A teoria do ato administrativo, no entanto, é útil para compreender as manifestações unilaterais e impositivas do Poder Público, mas não se mostra suficiente para explicar grande parte das diversificadas atuações da Administração Pública moderna, tais como atividades de fomento, contratos multilaterais, acordos de cooperação e outros instrumentos da gestão consensual do interesse público.

Assim, a construção de uma teoria da relação jurídica de Administração Pública oferece **diversas vantagens** ao estudioso, entre as quais merecem destaque:

---

[1] O tema da "Relação Jurídica de Administração Pública" foi objeto da minha Tese de Doutorado, ainda inédita, defendida com sucesso em 24-5-2010 na PUCSP, sob orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, cujas conclusões parciais estão resumidas no presente capítulo.

a) permitir uma análise global e unificada das diversas modalidades de vinculações interpessoais surgidas no exercício da função administrativa, com vistas à formação de uma teoria geral da relação administrativa tendente a tornar mais inteligível o Direito Administrativo;

b) favorecer uma sistematização das diversas situações jurídicas subjetivas não relacionais pertinentes ao Direito Administrativo;

c) contribuir para o desenvolvimento de temas no Direito Administrativo, por exemplo, direito adquirido e direito público subjetivo;

d) iluminar as diferentes aplicações do princípio da legalidade de acordo com a natureza da relação jurídica atingida (sujeição geral ou sujeição especial);

e) compreender a importância da instauração de uma relação jurídica (processo administrativo) como condição de validade da tomada de decisões pela Administração Pública, assim como entender o papel de parte imparcial cumprido pelo ente público nos referidos processos;

f) realçar a condição de parte na relação: o particular, frente a frente com a Administração, deixa de ser considerado "mero objeto da atuação administrativa" ou, em outras palavras, "administrado pelo Poder Público", e ganha *status* de sujeito de direitos e deveres – elemento atuante na defesa dos interesses da coletividade;

g) reforçar a existência de limites concretos à atuação administrativa materializados nos direitos e garantias fundamentais que o cidadão detém na condição de sujeito da relação;

h) realimentar a troca de conhecimentos da doutrina administrativista com os teóricos gerais do direito, inclusive oferecendo à teoria geral e à filosofia do direito subsídio para aprimorar seus temas, levando em conta ganhos conceituais obtidos na seara do direito público;

i) aproveitar ganhos de conhecimento obtidos por autores privatistas em décadas de produção científica sobre as relações jurídicas, adaptando-os, no que couber, à realidade da Administração Pública.

11.3 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

Relações de Administração Pública são todas as vinculações intersubjetivas estabelecidas no exercício da função administrativa.

A doutrina tem buscado conceituar a relação de Administração Pública a partir de três diferentes critérios: a) subjetivo; b) misto; e c) formal.

11.3.1 Critério subjetivo

A maioria dos autores considera que o elemento fundamental para qualificar uma relação jurídica como de administração pública é a **presença necessária da Administração** em um dos polos relacionais. Esse tem sido o critério conceitual mais admitido por **provas e concursos**.

A título de exemplo, Marcello Caetano afirma que relação jurídico-administrativa é o "vínculo entre duas pessoas em que uma delas, pelo menos, é a Administração".[2]

Como **crítica** ao critério subjetivo, porém, pode-se dizer que conceituar relação de administração pública como aquela em que a Administração é uma das partes não é a solução mais conveniente. Isso porque existem vinculações intersubjetivas envolvendo a Administração e que estão regidas por normas de direito privado, descaracterizando a natureza pública da relação jurídica, como no caso do contrato de locação entre a Administração e o particular.

11.3.2 Critério misto

Percebendo a insuficiência do critério subjetivo, há autores que procuram combiná-lo com algum outro elemento.

É o caso de Amílcar de Araújo Falcão, para quem "relação jurídica de Direito Administrativo é aquela relação reconhecida ou regulada pelo Direito, que se passa entre dois ou mais sujeitos, dos quais um, pelo menos, é a administração pública, tendo por escopo garantir a satisfação de determinados interesses individuais ou sociais".[3] O autor utiliza o critério subjetivo aliado a um elemento finalístico, afirmando que a relação de administração pública tem como escopo a proteção de interesses individuais ou sociais.

Como **crítica** ao critério misto, é possível notar que o uso do critério subjetivo, ainda que associado a algum outro, incide no mesmo erro ao incluir no conceito vinculações regidas pelo direito privado.

11.3.3 Critério formal

Um terceiro modo de conceituar relação de administração pública pressupõe o uso do critério formal, levando em conta o regime normativo aplicável ao vínculo intersubjetivo. Assim, o elemento decisivo para definir uma relação jurídica como relação de administração pública seria sua sujeição aos princípios e normas do Direito Administrativo.

Rafael Cuesta utiliza claramente tal critério ao afirmar que "relação jurídico-administrativa é a relação social concreta regulada pelo Direito Administrativo".[4]

Embora as provas e concursos públicos priorizem o uso do critério subjetivo, deve-se constatar que o critério formal é o mais apropriado para conceituar cientificamente as relações jurídicas de administração pública.

11.4 NOSSO CONCEITO

Adotando o critério formal, consideramos que relação de administração pública é o *vínculo jurídico regido pelo Direito Administrativo que surge como efeito direto*

---

2 *Tratado elementar de direito administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1943. v. 1, p. 121.

3 Relações jurídicas de direito administrativo. In: *Textos selecionados de administração pública:* direito administrativo, p. 61.

4 ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 147.

da lei ou da prática de ato administrativo, consistente na ligação concreta e imediata entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo que pelo menos um deles se encontra no exercício da função administrativa, e caracterizado pela existência de um complexo de poderes e deveres unidos em torno de uma finalidade pública.

11.5 DIVERSAS CLASSIFICAÇÕES DAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Com o objetivo de apresentar um amplo panorama das diversas espécies de relações jurídicas pertencentes ao Direito Administrativo, serão indicadas algumas classificações das relações jurídico-administrativas fundadas em diferentes critérios.

11.5.1 Quanto ao alcance

a) *Internas.* Consistem em vínculos jurídicos estabelecidos somente entre entidades e agentes pertencentes ao Estado. Exemplo: relação hierárquica entre agentes públicos.

b) *Externas.* São aquelas que alcançam pessoas privadas, vinculando-as ao Estado ou a entidades governamentais. Exemplo: termo de parceria entre a União e organização da sociedade civil de interesse público.

11.5.2 Quanto à estrutura

a) *De coordenação.* Caracterizam-se pela presença de interesses convergentes entre as partes envolvidas no vínculo. Exemplo: contrato de cooperação entre entidades federativas.

b) *De subordinação.* São marcadas pela existência de interesses conflitantes entre as partes. Exemplo: relação derivada no poder de polícia.

11.5.3 Quanto à presença da Administração

a) *Diretas.* São vínculos jurídicos que importam relacionamento imediato entre o Estado e o particular. Exemplo: relação jurídica entre o Estado e o usuário de serviço público.

b) *Indiretas.* Ocorrem sem a presença do Estado em nenhum dos polos, na medida em que a vinculação com o particular é assumida por uma pessoa jurídica privada, por delegação estatal. Exemplo: relação jurídica entre o concessionário e o usuário do serviço público.

11.5.4 Quanto ao objeto

a) *Pessoais.* Envolvem o comportamento de um sujeito em relação a outro. Exemplo: contrato administrativo de prestação de serviços.

b) *Reais.* Têm por objeto determinado bem. Exemplo: concessão de uso de bem público.

11.5.5 Quanto à duração

a) *Instantâneas.* Surgem em decorrência de um evento determinado e extinguem-se imediatamente após a cessação do acontecimento que lhes deu causa. Exemplo: gestão de negócios públicos.

b) *Permanentes.* Têm duração que se prolonga no tempo. Exemplo: vínculo estatutário de cargo público.

11.5.6 Quanto às partes envolvidas

a) *Simples.* São as relações jurídicas comuns, estabelecidas de modo direto e imediato entre dois sujeitos de direito ocupando posições recíprocas e antagônicas. Tais relações caracterizam-se pela presença de interesses jurídicos contrapostos. Exemplo: vínculo estatutário de cargo público.

b) *Plúrimas ou multilaterais.* Constituem vínculos jurídicos unindo três ou mais sujeitos de direito em torno de interesses comuns. Basicamente, caracterizam-se pela cooperação recíproca e, em regra, pela ausência de interesses conflitantes entre as partes envolvidas (relações de coordenação). Mas nada impede que haja, excepcionalmente, interesses contrapostos (relações de subordinação). Exemplo: convênio de cooperação entre diversas entidades federativas.

11.5.7 Quanto à reciprocidade

a) *Unilaterais.* São vínculos raríssimos em que somente um dos sujeitos tem direitos, ocupando exclusivamente uma posição ativa diante da outra parte, o sujeito passivo detentor de uma condição passiva pura. Exemplo: contrato de doação em favor do poder público.

b) *Bilaterais ou complexas.* Caracterizam-se pela existência de posições de vantagem: direitos conferidos em favor das duas partes. Nessas relações, as duas partes titularizam simultaneamente direitos e deveres recíprocos, não se podendo qualificá-las como sujeito ativo e sujeito passivo. O objeto do vínculo, na verdade, consiste num complexo de poderes e deveres interligados. Exemplo: concessão de serviço público.

11.5.8 Quanto aos efeitos

a) *Ampliativas.* São relações jurídicas advindas da prática de ato que aumenta a esfera de interesses do particular. Exemplo: outorga onerosa do direito de construir.

b) *Restritivas.* Decorrem da expedição de atos administrativos limitadores da esfera de interesses do particular. Exemplo: requisição temporária de propriedade privada para atender a situação de iminente perigo público.

11.5.9 Quanto à posição das partes

a) *Verticais de direito público.* As relações jurídicas da Administração Pública, em regra, estão submetidas predominantemente ao Direito Público, cujos princípios

e normas projetam a entidade estatal a uma posição de superioridade jurídica perante o particular. Exemplo: contrato administrativo.

b) *Horizontais de direito público*. Algumas relações jurídicas pertinentes ao Direito Administrativo não manifestam a posição de superioridade característica dos vínculos estabelecidos entre Administração e particulares. São relações jurídico-administrativas sem verticalidade. Exemplo: contrato de consórcio público firmado entre entidades federativas, nos termos da Lei n. 11.107/2005.

c) *Horizontais de direito privado*. Em casos raros, a Administração Pública estabelece uma relação jurídica predominantemente submetida ao Direito Privado, situação em que deixa de ocupar sua característica posição de superioridade para igualar-se, quanto às prerrogativas jurídicas envolvidas, em vinculação horizontal diante do particular. Exemplo: contrato de locação firmado com locador privado para instalação de repartição pública.

11.5.10 Quanto ao nível de organização

a) *Entidade-entidade*. São as relações administrativas internas, diretas e permanentes, estabelecidas entre pessoas jurídicas de direito público. Podem classificar-se como relações de coordenação ou de subordinação. Exemplo: relação de supervisão ministerial entre a União e a autarquia federal.

b) *Entidade-agente*. São relações internas, de subordinação, diretas, pessoais, permanentes e complexas, envolvendo uma pessoa jurídica pertencente ao Estado e a um agente público. Exemplo: relação de cargo público.

c) *Entidade-particular*. São relações externas, de subordinação, diretas, simples e complexas, ligando uma pessoa jurídica de direito público e um particular. Exemplo: vínculo entre autarquia e usuário de serviço público.

d) *Agente-agente*. São vínculos jurídicos internos, pessoais e simples, estabelecidos na intimidade do aparelho estatal ligando dois ou mais agentes públicos. Exemplo: relação de subordinação hierárquica dentro de repartição pública.

e) *Agente-particular*. Constituem relações jurídicas externas entre um agente público, no exercício de função estatal, e um particular. A existência de vínculos diretos entre a pessoa física do agente e os particulares é de difícil constatação na medida em que a atuação dos agentes governamentais, no exercício de tarefas públicas, é juridicamente imputada ao Estado, de modo que a relação se estabelece entre o particular e o próprio Estado.

f) *Particular-particular*. Pode ocorrer de a relação de administração pública ser estabelecida somente entre pessoas privadas. São casos raros em que um particular assume transitoriamente o exercício de função pública, relacionando-se com outros particulares sob regime de Direito Administrativo. Constituem relações complexas e sempre do tipo indireto. Exemplos: vínculo concessionário-usuário e gestão de negócios públicos.

11.5.11 Quanto ao regime jurídico

As relações jurídico-administrativas podem ser encontradas em todos os domínios do Direito Administrativo. Por isso, o regime jurídico aplicável ao vínculo intersubjetivo sofrerá influência dos princípios e normas característicos do setor específico no qual a relação está inserida: serviço público, polícia administrativa ou fomento.

a) *Relações de serviço público.* Surgem no contexto da prestação de serviços públicos e são caracterizadas pela presença de diversos direitos subjetivos em favor do usuário, exercitáveis contra o Estado (prestação direta) ou contra um concessionário (prestação indireta).

b) *Relações de polícia.* Decorrem das limitações administrativas à liberdade e à propriedade privadas. Exemplo: vinculação decorrente do guinchamento de veículo estacionado em local proibido.

c) *Relações de fomento.* Constituem vínculos intersubjetivos externos, de coordenação, diretos, pessoais, simples, ampliativos e complexos, nascidos como consequência do desempenho de tarefas estatais de incentivo a setores sociais. Exemplos: termo de parceria firmado entre a União e a organização da sociedade civil de interesse público e contrato de gestão celebrado com organização social.

11.6 *STATUS*

Status é o **conjunto de poderes e deveres** inerentes a **determinada classe de sujeitos**.

No Direito Administrativo, tem-se, por um lado, o *status* geral de "administrado", referente a todo sujeito posicionado diante da Administração. Em determinadas circunstâncias, inserindo-se o sujeito em relação jurídica específica, o *status* de administrado é substituído, para efeito daquela peculiar vinculação, pelo *status* de servidor público estatutário, ou de empregado público, ou de usuário de serviço, ou de concessionário.

Existem, por outro lado, diferentes *status* aplicáveis à Administração Pública. Inicialmente, há a condição geral de supremacia perante o particular à qual se opõe o *status* básico de administrado. Nela, a Administração não se encontra inserida numa específica relação jurídica, limitando-se a praticar atos complementares à lei para lhe dar fiel execução. Entretanto, a condição geral de supremacia pode dar lugar a *status* próprios, como o de Poder Concedente, de Empregador Público ou de Poder Expropriante, sujeitando o Poder Público a deveres e revestindo-o de poderes não tão marcadamente presentes na condição de Administração geral.

Como se nota, a noção de *status* remete a diferentes complexos de direitos e deveres existentes no plano da norma jurídica.

11.7 SITUAÇÕES SUBJETIVAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

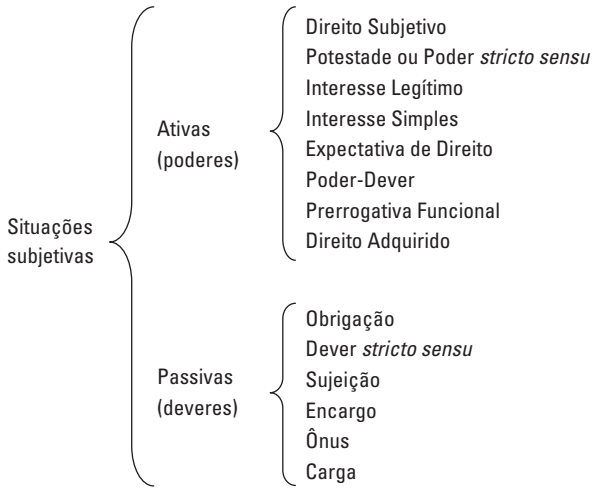
Além da teoria da relação jurídico-administrativa, outra perspectiva moderna de compreensão do Direito Administrativo é a teoria das situações subjetivas.

Segundo Marcello Caetano, "a situação jurídica **é a posição ocupada por uma pessoa na ordem jurídica**, isto é, a posição ocupada por uma pessoa relativamente às outras pessoas consoante os poderes de que é titular ou os deveres a que está obrigada".[5]

No Direito Administrativo, quando determinado sujeito tem um "poder", fala-se em situação subjetiva ativa. Tendo um "dever", surge uma situação subjetiva passiva.

Conforme o nível de proteção conferido pela ordem jurídica à situação subjetiva, podem ser apontadas diversas modalidades de poderes e de deveres, consoante quadro abaixo:

Quadro sinótico das situações subjetivas no Direito Administrativo



11.8 DIVERSAS MODALIDADES DE PODERES

As situações subjetivas ativas no Direito Administrativo dividem-se nas seguintes categorias: a) direito subjetivo; b) potestade; c) interesse legítimo; d) interesse simples; e) expectativa de direito; f) poder-dever; g) prerrogativa funcional; h) direito adquirido.

11.8.1 Direito subjetivo

Direito subjetivo é a mais perfeita e vantajosa condição subjetiva ativa. Como regra geral, o direito subjetivo é parte integrante de uma relação jurídica que o une normativamente a uma correlata obrigação. E o titular do direito pode exigir o cumprimento da obrigação por parte do devedor.

---

[5] CAETANO, Marcello. *Tratado elementar de direito administrativo*, v. 1, p. 173.

Entretanto, há casos em que o direito subjetivo existe fora de uma relação jurídica. É o que ocorre com os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Tais direitos definem situações subjetivas ativas em favor do indivíduo sem um imediato dever que vincule outro sujeito de direito isoladamente considerado. Se o titular exercer a pretensão de compelir ao cumprimento do direito subjetivo, será instaurada uma relação jurídica, mas antes disso existe somente uma situação ativa não relacional.

Direitos subjetivos podem ser titularizados por qualquer sujeito de direito. O ordenamento consagra direitos subjetivos em favor de particulares, assim como também em favor do Estado. Quando o direito subjetivo do particular estiver ligado a uma correlata obrigação estatal, fala-se em direito público subjetivo.

O reconhecimento da existência de direitos públicos subjetivos surge em consequência da afirmação do Estado do Direito, no qual os indivíduos não são apenas objeto da ação estatal, mas adquirem o *status* de sujeitos de direito dotados de deveres e poderes perante o Estado.

A partir dos diversos *status* incorporados pelos particulares nas relações com a Administração Pública é possível falar em direitos subjetivos, especialmente:

a) atinentes à condição geral de administrado, incluindo os direitos fundamentais enumerados na Constituição Federal;

b) dos usuários de serviço público;

c) dos concessionários e permissionários de serviço público;

d) referentes às diversas categorias de agentes públicos, como os servidores estatutários e os empregados públicos;

e) pertinentes à condição de licitante, à de candidato durante concurso público etc.

Além dos direitos subjetivos reconhecidos ao administrado dentro e fora de relações jurídicas específicas, a ordem jurídica reconhece igualmente direitos subjetivos à Administração Pública, exercitáveis contra o particular ou contra agentes públicos. Os direitos titularizados pelo Estado possuem a mesma estrutura lógica e meios de proteção reconhecidos aos direitos públicos subjetivos pertencentes aos particulares.

11.8.2 Potestade ou poder *stricto sensu*

A toda situação subjetiva ativa pode-se dar o nome de poder *lato sensu*. Trata-se, assim, de um gênero que engloba diversas categorias de situações de vantagem atribuídas ao sujeito pelo ordenamento jurídico.

Devemos considerar que a nomenclatura "poder", em sentido estrito, designa toda posição de vantagem atribuída pela ordem jurídica aos administrados, sem que haja conexão, imediata ou futura, com um dever correlato vinculado à Administração Pública. São meras faculdades potestativas, internas ou externas a relações jurídicas, conferidas ao particular sem a alteridade característica de outras situações subjetivas.

São poderes *stricto sensu* também os denominados *direitos subjetivos em formação*, isto é, as situações subjetivas anteriores ao cumprimento integral do processo de composição de um direito subjetivo.

11.8.3 Interesse legítimo

Enquanto o direito subjetivo é uma situação bivalente titularizada tanto pela Administração quanto pelos particulares, o interesse legítimo é uma figura subjetiva privativa dos administrados (monovalente) consistente na possibilidade de exigir da Administração o cumprimento de um dever determinado pela norma jurídica em favor de indivíduos componentes de um grupo de sujeitos (pretensão coletiva).

11.8.4 Interesse simples

O interesse simples é uma situação subjetiva ativa relacionada a proteções normativas genéricas de interesse, impessoais e comuns, a toda a coletividade. Trata-se de figura subjetiva exclusiva do administrado.

11.8.5 Expectativa de direito

A expectativa de direito é a mais frágil situação subjetiva ativa, caracterizando-se por criar uma posição de vantagem condicional destituída de exigibilidade imediata. A se confirmar a ocorrência de determinado evento futuro, a expectativa de direito aperfeiçoa-se, dando surgimento a um direito subjetivo exigível.

11.8.6 Poderes-deveres

Poderes-deveres são situações subjetivas híbridas ostentadas pela Administração Pública nos casos em que a ordem jurídica atribui simultaneamente uma potestade e um dever ao mesmo sujeito de direito. É o caso do poder disciplinar e do poder hierárquico.

11.8.7 Prerrogativas funcionais

Prerrogativas funcionais são vantagens específicas atribuídas aos agentes pertencentes aos quadros da Administração Pública para operacionalizar a defesa dos interesses da coletividade. As prerrogativas funcionais diferem dos poderes-deveres na medida em que estes são atribuições de caráter mais geral outorgadas abstratamente ao complexo orgânico da Administração Pública, enquanto aquelas envolvem mais diretamente a ação concreta dos agentes públicos.

11.8.8 Direito adquirido

Direito adquirido é uma forma de referir-se à incorporação definitiva de um direito subjetivo, ainda não exercitado, ao patrimônio de seu titular. A categoria do direito adquirido é instituto do direito intertemporal, protegendo os indivíduos contra a superveniência de alterações legislativas modificadoras de situações subjetivas pretéritas.

11.9 DIVERSAS MODALIDADES DE DEVERES

As situações subjetivas passivas são dos seguintes tipos: a) obrigação; b) dever *stricto sensu*; c) sujeição; d) encargo; e) ônus; f) carga.

11.9.1 Obrigação

A obrigação se contrapõe ao direito subjetivo, surgindo sempre dentro de uma relação jurídica a partir do momento em que o titular exerce seu direito subjetivo.[6] Não há obrigação extrarrelacional.

Antes do exercício do direito subjetivo, não há para a Administração obrigação específica de emitir aquela certidão, mas um dever geral (dever *stricto sensu*) de expedir certidões.

11.9.2 Dever *stricto sensu*

Dever *stricto sensu* é a situação passiva ocupada pela Administração Pública externa a relações jurídicas. São, por assim dizer, os deveres gerais da Administração projetados sobre o universo de todos os administrados, não se apresentando como comportamentos dirigidos a sujeitos determinados. Os mais relevantes deveres impostos à Administração Pública são materializados no conteúdo dos princípios do Direito Administrativo, especialmente os da legalidade, impessoalidade, publicidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

11.9.3 Sujeição

A sujeição consiste na situação subjetiva passiva titularizada pelos administrados fora do contexto das relações jurídicas especiais. Trata-se de uma condição de permanente submissão aos poderes *stricto sensu* exercidos pela Administração em nome de sua supremacia geral.

11.9.4 Encargo

Denomina-se encargo determinado dever funcional atribuído pela ordem jurídica a agente público. O encargo difere do dever *stricto sensu* na medida em que, enquanto este é titularizado pelas pessoas jurídicas componentes da Administração Pública, aquele é conferido a pessoas físicas que desempenham cargos, empregos ou funções dentro do aparelho estatal.

11.9.5 Ônus

Ônus é a figura subjetiva acessória voltada ao exercício de poderes jurídicos processuais. O ônus não opõe seu titular a outros sujeitos de direito, pois está afeto

---

[6] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 2, p. 31.

exclusivamente à esfera de interesses de uma única pessoa. O descumprimento do ônus tem o efeito apenas de privar seu titular da fruição de determinada vantagem.

11.9.6 Carga

A carga é uma situação subjetiva passiva instrumental com relação ao exercício de certos poderes, exigindo de seu titular a adoção de determinado comportamento. Ao contrário das figuras passivas, como a obrigação e o dever *stricto sensu*, a carga está relacionada com a satisfação de interesses do próprio sujeito que a titulariza, de modo que, não adotando o comportamento determinado, a única consequência daí decorrente é que o sujeito permanecerá privado da vantagem da qual o referido comportamento é pressuposto.[7] Difere do ônus porque a carga instrumentaliza poderes de natureza material, e não processual.

11.10 NASCIMENTO DAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Somente fatos jurídicos podem criar, modificar e extinguir relações jurídicas.

No Direito Administrativo, existem quatro formas de nascimento das relações jurídicas:

a) *pela ocorrência de um fato administrativo*: quando um acontecimento destituído de voluntariedade, podendo ser uma conduta humana ou um evento da natureza, promove a interligação de sujeitos de direito. É o caso, por exemplo, da queda de árvore situada em área pública, causando prejuízo patrimonial ao particular;

b) *pela prática de ato administrativo*: trata-se da forma natural de surgimento das relações jurídico-administrativas, isto é, mediante a expedição de manifestações infralegais no exercício da função administrativa tendentes a instituir, com fundamento na lei, relações jurídicas. O exemplo é a admissão de servidor público, que faz surgir uma relação funcional estatutária;

c) *por força de lei*: em outros casos, a relação jurídico-administrativa nasce como efeito direto da lei. É o que ocorre com a relação jurídica de supervisão ministerial, instituída pela legislação que rege a atuação das entidades públicas pertencentes à administração indireta;

d) *como pressuposto no Texto Constitucional*: por fim, existem determinadas relações jurídicas de administração pública que nascem como consequência imediata de normas existentes na Constituição Federal. Exemplo: a relação de subordinação hierárquica entre o Presidente da República e Ministros de Estado (art. 76 da CF).

11.11 MODIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

As relações jurídico-administrativas podem sofrer modificações subjetivas ou objetivas. No primeiro caso, ocorre uma substituição nos polos relacionais; no

[7] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 2, p. 27.

segundo, altera-se o conteúdo do vínculo subjetivo.[8] Em termos gerais, a modificação de relações jurídicas de Direito Administrativo ocorre também pela superveniência de fatos administrativos, pela prática de atos administrativos e por força de lei ou da Constituição Federal.

11.12 EXTINÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Há casos de relações jurídico-administrativas programadas para uma extinção automática, *ipso iure*, como ocorre nos vínculos submetidos a termo final ou condição resolutiva.

Nas demais hipóteses, a extinção de relação dependerá da ocorrência de um fato novo ou da expedição de um ato administrativo extintivo. Nada impede, também, que a extinção seja promovida diretamente pela lei ou pela Constituição Federal.

Excepcionalmente, deve-se admitir a extinção de relações jurídico-administrativas por decisão do Poder Judiciário, como ocorre na hipótese de anulação judicial de ato administrativo, implicando a extinção *ipso iure* de eventual relação jurídica decorrente do ato anulado.

8 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*, v. 1, p. 206.

12
BENS PÚBLICOS

12.1 DIVERGÊNCIA CONCEITUAL

Denomina-se **domínio público**, em sentido estrito, o conjunto de bens móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, pertencentes ao Estado. Assim, em uma primeira aproximação, pode-se dizer que o domínio público é constituído pela somatória dos bens públicos, do patrimônio atribuído pelo ordenamento jurídico às pessoas componentes da organização estatal. A expressão "bem público", no entanto, é mais abrangente do que "domínio público" porque existem bens públicos que são regidos por princípios do **direito privado**.

A prova da Magistratura do Trabalho 5ª Região elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A expressão domínio público apresenta extensão menor do que a expressão bem público, pois há bens públicos que ultrapassam a área do domínio público, por serem regidos por princípios de direito comum".

A legislação administrativa brasileira não apresenta uma definição satisfatória para o instituto dos bens públicos, dando margem para grande divergência na doutrina e na jurisprudência.

O art. 98 do **Código Civil** afirma que "são públicos os bens do domínio nacional **pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno**; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem".

Entre os administrativistas, porém, o conceito apresentado pelo legislador civil não é aceito por todos os autores. Pelo contrário, é possível agrupar as diferentes opiniões sobre o alcance do conceito de bens públicos em algumas **correntes principais**:

a) corrente exclusivista: para alguns doutrinadores, o conceito de bens públicos deve estar necessariamente vinculado à ideia de **pertencerem ao patrimônio de pessoas jurídicas de direito público**. É a visão defendida por José dos Santos **Carvalho Filho**, para quem bens públicos são "todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas".[1]

---

[1] *Manual de direito administrativo*, p. 1073.

Sendo a concepção explicitamente adotada pelo Código Civil brasileiro (art. 98), a corrente exclusivista é a **mais aceita pelas bancas de concurso público**. Porém, tal visão tem o grande inconveniente de excluir do conceito de bens públicos aqueles pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, bem como os de propriedade das concessionárias e permissionárias afetados à prestação de serviços públicos. Com isso, a corrente exclusivista não é capaz de explicar o porquê, então, da impenhorabilidade dos bens afetados à prestação de serviços públicos unanimemente admitida entre os autores como um corolário do princípio da continuidade do serviço público;

b) corrente inclusivista: os defensores dessa concepção consideram que são bens públicos **todos aqueles que pertencem à Administração Pública direta e indireta**. É a posição defendida por **Hely Lopes** Meirelles[2] e, com alguma variação, também por **Maria Sylvia** Zanella Di Pietro, autora esta que prefere falar em bens do domínio público do Estado.[3] A corrente inclusivista peca por não tornar clara a diferença de regime jurídico entre os bens afetados à prestação de serviços públicos (pertencentes ao domínio das pessoas estatais de direito público e ao das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos) e aqueles destinados à simples exploração de atividades econômicas, como os que fazem parte do patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica;

c) corrente mista: adotando um ponto de vista intermediário, Celso Antônio **Bandeira de Mello** entende que são bens públicos todos os que **pertencem a pessoas jurídicas de direito público**, bem como os **que estejam afetados à prestação de um serviço público**.[4] Essa conceituação é, segundo nosso juízo, a mais coerente à luz do direito positivo nacional por incluir no conceito de bens públicos, reconhecendo-lhes um especial tratamento normativo, os bens pertencentes a pessoa jurídica de direito privado, estatal ou não, indispensáveis para a continuidade da prestação de serviços públicos, como ocorre com parcela do patrimônio de **empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias** de serviços públicos.

Os **bens afetados à prestação de serviços públicos**, mesmo que não pertencentes a pessoas jurídicas de direito público, possuem alguns atributos exclusivos dos bens públicos, como a **impenhorabilidade**, circunstância que reforça o entendimento de que os bens afetados constituem **verdadeiros bens públicos**.

Entretanto, como já mencionado, para concursos públicos tem sido preponderantemente aceita a corrente baseada no art. 98 do Código Civil, denominada exclusivista, que considera públicos somente os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público.

12.2 DISCIPLINA NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406/2002, tem todo o Capítulo III, do Livro II, "Dos Bens", dedicado à disciplina normativa dos bens públicos (arts. 98 a 103).

---

2 *Direito administrativo brasileiro*, p. 486.

3 *Direito administrativo*, p. 668.

4 *Curso de direito administrativo*, p. 913.

Como o tratamento dado ao tema no Código Civil tem uma evidente orientação privatística, a **qualidade técnica** dos dispositivos é **muito criticada** pelos administrativistas. Entretanto, não havendo uma normatização específica do tema em nosso Direito Público, as provas e concursos têm utilizado abundantemente os arts. 98 a 103 do Código Civil como fundamento para elaboração de perguntas aos candidatos. Daí a imperiosa necessidade de conhecer e fixar o teor das referidas normas.

Deixando as observações críticas para os itens seguintes deste capítulo, o conteúdo da disciplina normativa dos bens públicos no Código Civil brasileiro pode ser resumido na abordagem dos seguintes aspectos do tema:

a) conceito de bens públicos (art. 98): afirma o legislador que:

"Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional **pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno**; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem";

b) classificação dos bens públicos (art. 99): o Código Civil trata expressamente da classificação dos bens públicos quanto à sua forma de utilização, dividindo-os em bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. Embora o legislador tenha preferido exemplificar os bens de uso comum e os de uso especial, em vez de conceituá-los, as questões de concurso público versando sobre os "conceitos" apresentados pelo art. 99 do Código Civil são bastante frequentes. Diz a lei:

"Art. 99. São bens públicos:

I – os de **uso comum do povo**, tais como **rios, mares, estradas**, **ruas** e **praças**;

A prova de Auditor/MG 2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Os mares, rios e ruas são considerados bens de uso especial, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades".

A prova da OAB/RO elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Uma creche municipal é bem público de uso especial".

II – os de **uso especial**, tais como **edifícios** ou **terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração** federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os **dominicais**, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como **objeto de direito pessoal, ou real**, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado".

c) definição da inalienabilidade dos bens de uso comum e de uso especial (art. 100): o dispositivo tem o seguinte conteúdo:

"Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de **uso especial** **são inalienáveis**, enquanto conservarem a sua qualificação, **na forma que a lei determinar**".

A prova de Auditor/MG 2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Os bens dominicais, por estarem afetados a fins públicos específicos, são inalienáveis, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito civil, como compra e venda, doação, permuta, locação".

A citada norma permite concluir que os bens de uso comum do povo e os de uso espe-

cial não podem ser alienados, exceto se houver uma alteração de sua qualificação na forma que a lei determinar. Isso porque os bens de uso comum e os de uso especial, em princípio, **são passíveis de conversão em bens dominicais**, por meio da **desafetação**, e, uma vez desafetados, é permitida sua alienação, nos termos definidos pela legislação.

d) admissão da alienabilidade dos bens dominicais (art. 101): o dispositivo tem a seguinte redação:

"Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei".

e) imprescritibilidade dos bens públicos (art. 102): o Código Civil reafirma, na esteira dos arts. 183 e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, que os bens públicos são imprescritíveis, isto é, são **insuscetíveis a usucapião**:

"Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião".

f) uso comum dos bens públicos (art. 103): de conteúdo bastante polêmico, o art. 103 do Código Civil **admite uso gratuito ou remunerado** dos bens públicos:

"Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem".

12.3 DOMÍNIO PÚBLICO

Em **sentido amplo**, domínio público é o poder de senhorio que o Estado exerce sobre os bens públicos, bem como a capacidade de regulação estatal sobre os bens do patrimônio privado.[5] A noção *lato sensu* de domínio público deriva do chamado **domínio eminente**, que é "o poder político pelo qual o Estado submete à sua vontade todas as coisas de seu território."[6] Porém, o domínio eminente exercido pelo Estado não quer dizer que detenha a propriedade de todos os bens existentes em seu território. Os bens públicos pertencem ao Estado; já os bens privados estão submetidos a uma regulação jurídica estatal.

Em **sentido estrito**, a expressão domínio público compreende o conjunto de bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, pertencentes ao Estado. Nesta última acepção, portanto, **domínio público é o mesmo que patrimônio público**.

Segundo Hely Lopes Meirelles,[7] o domínio público *lato sensu* é composto por diversos subdomínios:

a) domínio terrestre: são todas as terras pertencentes ao Estado, incluindo terras devolutas, plataforma continental, terras tradicionalmente ocupadas por índios, terrenos de marinha, terrenos acrescidos, ilhas dos rios públicos e oceânicas,

5 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro,* p. 483.
6 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro,* p. 483.
7 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro,* p. 483.

álveos abandonados, além das vias e logradouros públicos, áreas ocupadas com as fortificações e edifícios públicos.[8]

Quanto às **terras devolutas**, são bens públicos **dominicais** cuja origem remonta às **capitanias hereditárias devolvidas** (daí o nome "devolutas"), durante o século XVI, pelos donatários à Coroa Portuguesa. Atualmente, são **bens públicos estaduais**, com exceção daquelas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei, hipóteses em que pertencerão à União. Portanto, sendo bens dominicais, as terras devolutas podem ser alienadas pelo Poder Público. Porém, **são indisponíveis** as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, **necessárias à proteção dos ecossistemas naturais** (art. 225, § 5º, da CF).

b) domínio hídrico: é composto pelas águas públicas internas, cuja disciplina é atualmente estabelecida pelo **Código de Águas** (Decreto n. 24.643/34) e **Lei da Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos** – Lei n. 9.433/97, cujo art. 1º define os seguintes fundamentos para a gestão dos recursos hídricos:

"I – a água é um **bem de domínio público**;

II – a água é um **recurso natural limitado**, dotado de valor econômico;

III – em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o **uso múltiplo das águas**;

V – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades".

c) domínio mineral: compreende os recursos minerais do território nacional. Parte substancial da disciplina normativa do domínio mineral está no **Código de Minas** (Decreto-Lei n. 227/67). Importante destacar que as jazidas de **petróleo** e **minérios nucleares** são **monopólio da União**;

d) domínio florestal: a competência para legislar sobre florestas é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VI, da CF), mas **preservar as florestas, a fauna e a flora é competência comum** a todas as entidades federativas (art. 23, VII, da CF). O regramento infraconstitucional do tema cabe basicamente ao **Código Florestal** – Lei n. 4.771/65, cujo art. 1º prescreve: "As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, **são bens de interesse comum a todos os habitantes do País**, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação

[8] Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 516.

A prova de Procurador do Estado/ES 2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Caso determinado município necessite implementar obras de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte em área considerada de preservação permanente, mesmo que não haja alternativas plausíveis senão a utilização do espaço ambientalmente protegido, o município não poderá lançar mão da área considerada de preservação permanente, uma vez que tais áreas são, de forma absoluta, insuscetíveis de exploração".

A prova de Procurador do Estado/ES 2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A Constituição Federal, ao consagrar a mata atlântica como patrimônio nacional, indiretamente converteu em bens públicos os imóveis particulares nela abrangidos, impedindo, por consequência, a utilização dos recursos naturais existentes naquelas áreas, em prol da restauração dos processos ecológicos essenciais e da preservação da diversidade do ecossistema".

em geral e especialmente esta Lei estabelecem". Bastante frequente em provas, o conteúdo do art. 225, § 4º, da Constituição Federal define os bens pertencentes ao **patrimônio nacional**, passíveis de exploração somente dentro dos **limites legais**: "A **Floresta Amazônica** brasileira, a **Mata Atlântica**, a **Serra do Mar**, o **Pantanal Mato-Grossense** e a **Zona Costeira** são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos **recursos naturais**";

e) domínio da fauna: a preservação da fauna é competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, VII, da CF). Nos termos do art. 1º do **Código de Caça** (Lei n. 5.197/67), os **animais de quaisquer espécies** que vivam fora do cativeiro constituem a fauna silvestre e, assim como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, **são propriedades do Estado**, pertencendo ao **domínio da União**. Igualmente relevante para a disciplina da proteção à fauna é o **Código de Pesca** – Decreto-Lei n. 221/67;

f) domínio espacial: a disciplina jurídica do espaço aéreo vem atualmente definida no **Código Brasileiro de Aeronáutica** – Lei n. 7.565/86. Segundo disposto nos arts. 11 e 12 do citado diploma normativo, o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial, cabendo ao Ministério da Aeronáutica a orientação, coordenação, controle e fiscalização da navegação aérea, tráfego aéreo, infraestrutura aeronáutica, aeronaves, tripulação e serviços relacionados ao voo.

O transporte aéreo de passageiros é serviço público de titularidade da **União** prestado sob **regime de concessão** (art. 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica).

g) domínio do patrimônio histórico: compreende o dever estatal de disciplina e proteção dos patrimônios histórico, artístico e cultural brasileiros;

h) domínio do patrimônio genético: de acordo com o disposto no art. 225, § 2º, II, incumbe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético, considerado um dos instrumentos para assegurar a efetividade do meio ambiente ecologicamente equilibrado;

i) domínio ambiental: o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e **bem de uso comum do povo** essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

12.4 *RES NULLIUS*

Além dos bens do domínio privado e dos bens do domínio público, existe ainda uma terceira categoria formada pelas **coisas sem dono** (*res nullius*) ou **bens adéspotas**, sobre as quais não há qualquer disciplina específica do ordenamento jurídico, incluindo os bens inapropriáveis, como a luz, e os bens condicionadamente inapropriáveis, como os animais selvagens.[9]

12.5 BENS PÚBLICOS DA UNIÃO

O art. 20 da Constituição Federal enumera como bens públicos pertencentes à União:

"I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e à unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI – o mar territorial;

VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII – os potenciais de **energia hidráulica**;

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios".

A prova de Auditor/MG 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "São considerados bens federais, entre outros, as terras devolutas necessárias à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, o mar territorial e os potenciais de energia hidráulica".

Como se pode notar, a União detém a titularidade da maioria dos bens públicos existentes no Brasil.

12.6 BENS PÚBLICOS DOS ESTADOS

Os bens públicos pertencentes aos Estados são, basicamente, aqueles que não se classificam como bens federais.

---

9 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 381.

Nessa perspectiva, o art. 26 da Constituição Federal afirma que se incluem entre os bens dos Estados:

"I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União".

A respeito das **terras devolutas** (inciso IV), já afirmamos que são, em princípio, **bens estaduais**, exceto as indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, casos em que as terras devolutas pertencem à União.

12.7 BENS PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL

O art. 32 da Constituição Federal, dispositivo que trata das linhas gerais sobre organização e funcionamento do Distrito Federal, não faz qualquer referência aos bens públicos distritais. Devem ser assim considerados todos os bens onde estão instaladas as repartições públicas distritais, tanto quanto os indispensáveis para prestação dos serviços públicos de atribuição do **Distrito Federal**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou INCORRETA a assertiva: "Todos os bens pertencentes ao Distrito Federal deverão ser administrados pelo seu Poder Executivo, nos termos da respectiva Lei Orgânica".

12.8 BENS PÚBLICOS DOS MUNICÍPIOS

A Constituição Federal de 1988 não faz referência aos bens públicos dos Municípios, devendo ser assim considerados todos aqueles onde se encontram instalados repartições públicas municipais, bem como os equipamentos destinados à prestação dos serviços públicos de competência municipal. Pertencem aos Municípios, ainda, as estradas municipais, ruas, parques, praças, logradouros públicos e outros bens da mesma espécie.

12.9 BENS PÚBLICOS DOS TERRITÓRIOS FEDERAIS

A disciplina constitucional do funcionamento e organização dos territórios federais (art. 33 da CF) não faz qualquer referência aos bens públicos territoriais. Entretanto, devem ser considerados bens públicos territoriais todos aqueles utilizados para o funcionamento das repartições públicas e para a prestação de serviços públicos de competência do Território.

12.10 BENS PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

As pessoas jurídicas de direito público pertencentes à Administração Indireta, como **autarquias** e **fundações públicas**, têm seu **patrimônio composto por bens**

públicos. Assim, todos os prédios, bens e equipamentos destinados ao suporte material de suas atividades finalísticas são bens públicos de propriedade dessas pessoas descentralizadas.

Já em relação às pessoas jurídicas de **direito privado** da Administração Descentralizada, como empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo aplicada a regra do art. 98 do Código Civil, os bens pertencentes ao seu patrimônio **não seriam bens públicos**.

Entretanto, adotando-se o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, mencionado nos itens anteriores, os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista afetados à prestação de serviços públicos seriam bens públicos.

12.11 BENS PÚBLICOS DE CONCESSIONÁRIOS E PERMISSIONÁRIOS

Embora seja possível que pessoas jurídicas da Administração Indireta sejam beneficiárias da outorga de concessões e permissões, como regra geral as concessionárias e permissionárias de serviços públicos são pessoas jurídicas privadas que não pertencem à estrutura estatal. Por isso, como pessoas privadas, e à luz do art. 98 do Código Civil, **os bens pertencentes às concessionárias e permissionárias** de serviço público **não são bens públicos**.

Porém, para os adeptos da corrente mista, minoritária para fins de provas e concursos, os bens das concessionárias e permissionárias afetados à prestação de serviços públicos seriam bens públicos.

12.12 CLASSIFICAÇÃO

Os autores costumam classificar os diversos tipos de bens públicos a partir de três critérios diferentes: 1) quanto à titularidade; 2) quanto à disponibilidade; 3) quanto à destinação.

Além dessas classificações, Lucia Valle Figueiredo afirma que, quanto aos tipos, os bens públicos podem ser móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações.[10]

1) Quanto à titularidade, os bens públicos se dividem em federais, estaduais, distritais, territoriais ou municipais, de acordo com o nível federativo da pessoa jurídica a que pertençam.

2) Quanto à disponibilidade, os bens públicos podem ser classificados em:

a) bens indisponíveis por natureza: aqueles que, devido à sua intrínseca **condição não patrimonial**, são insuscetíveis a alienação ou oneração. Os bens indisponíveis por natureza são necessariamente bens de **uso comum do povo,** destinados a uma utilização universal e difusa. **São naturalmente inalienáveis**. É o caso do meio ambiente, dos mares e do ar;

---

10 *Curso de direito administrativo,* p. 563.

b) bens patrimoniais indisponíveis: são aqueles dotados de uma natureza patrimonial, mas, por pertencerem às categorias de bens de **uso comum do povo ou de uso especial**, permanecem legalmente inalienáveis enquanto mantiverem tal condição. Por isso, são **naturalmente passíveis de alienação, mas legalmente inalienáveis**. Exemplos: ruas, praças, estradas e demais logradouros públicos;

c) bens patrimoniais disponíveis: são legalmente passíveis de alienação. É o caso dos **bens dominiais**, como as terras devolutas.

3) Quanto à destinação, os bens públicos podem ser de três tipos: de uso comum do povo, de uso especial e dominicais.

12.12.1 Bens de uso comum do povo

Os bens de uso comum do povo ou **bens do domínio público** são aqueles abertos a uma **utilização universal**, por toda a população, como os **logradouros públicos, praças, mares, ruas, florestas, meio ambiente** etc.

Nesse sentido, afirma o art. 99, I, do Código Civil: "São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças".

Os bens de uso comum do povo, enquanto mantiverem essa qualidade, **não podem ser alienados** ou onerados (art. 100 do CC). Somente após o processo de desafetação, sendo transformados em dominicais, poderiam ser alienados.

Assim, tais bens fazem parte do **patrimônio público indisponível.**

Os bens de uso comum do povo admitem **utilização gratuita ou remunerada**, conforme for estabelecido legalmente pela entidade cuja administração pertencerem (art. 103 do CC).

12.12.2 Bens de uso especial

A prova da OAB/CE considerou CORRETA a assertiva: "Sob o enfoque do Direito Administrativo, o que caracteriza, como traço essencial, os bens do patrimônio administrativo é serem eles vinculados a fim peculiar da administração pública".

Também chamados de **bens do patrimônio administrativo** são aqueles afetados a uma **destinação específica**. Fazem parte do aparelhamento administrativo sendo considerados instrumentos para execução de serviços públicos.

A prova da Polícia Rodoviária Federal 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Considerando que a União seja proprietária de um prédio no qual esteja instalada a PRF, tal bem, conforme o Código Civil, consiste em bem de uso especial e sua alienação será vedada enquanto ele conservar tal qualidade".

São exemplos de bens de uso especial os **edifícios de repartições públicas, mercados municipais, cemitérios públicos, veículos da Administração, matadouros**[11] etc.

Nos termos do art. 99, II, do Código Civil: "São bens públicos: (...) II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a

[11] Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 483.

serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias".

Assim como os de uso comum, os bens de uso especial, enquanto mantiverem essa qualidade, **não podem ser alienados** ou onerados (art. 100 do CC), compondo o denominado **patrimônio público indisponível**.

A alienação de tais bens somente será possível com sua transformação, via desafetação, em **bens dominicais**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Bens públicos de uso especial poderão vir a integrar o patrimônio público disponível".

12.12.3 Bens dominicais

Os bens dominicais, também chamados de **bens do patrimônio público disponível** ou **bens do patrimônio fiscal**, são todos aqueles **sem utilidade específica**, podendo ser "utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar".[12]

São exemplos de bens dominiais, ou dominicais, as **terras devolutas, viaturas sucateadas, terrenos baldios, carteiras escolares danificadas, dívida ativa etc**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou INCORRETA a assertiva: "Bem destinado à instalação de repartição governamental é classificado como dominical".

A Administração pode, em relação aos bens dominicais, **exercer poderes de proprietário**, como usar, gozar e dispor. É nesse sentido que o art. 99, III, do Código Civil define tais bens como aqueles que "constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como **objeto de direito pessoal, ou real**, de cada uma dessas entidades".

Assim, os bens dominicais **podem ser alienados**, nos termos do disposto na legislação, por meio de compra e venda, doação, permuta, **dação** (institutos de direito privado), investidura e legitimação da posse (institutos de direito público).[13] A doação, a permuta, a dação em pagamento, a investidura e a venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública dispensam a realização de licitação.[14]

A prova da OAB/PI elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O bem imóvel público de uso especial poderá ser entregue pela Administração como dação em pagamento, necessitando, para tanto, ser previamente desafetado da destinação originária, através de lei, passando à categoria de bem dominical".

Acerca dos bens dominicais, o parágrafo único do art. 99 do Código Civil, de difícil compreensão, prescreve: "Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado". Aparentemente, o legislador pretendeu enfatizar o caráter disponível dos bens pertencentes às fundações (em princípio,

12 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 483.

13 Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Função social da propriedade pública*, p. 39.

14 Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Função social da propriedade pública*, p. 39.

pessoas de direito público) governamentais de direito privado (com estrutura de direito privado).

Os bens de uso especial e os bens de uso comum do povo estão afetados à proteção dos interesses da coletividade, vale dizer, do interesse público primário. Pelo contrário, os **bens dominicais** estão vinculados ao interesse patrimonial do Estado, que é o **interesse público secundário**.

12.13 BENS PÚBLICOS NECESSÁRIOS E BENS PÚBLICOS ACIDENTAIS

Diogo de Figueiredo Moreira Neto distingue os **bens públicos necessários**, que estariam desde sempre e pela própria natureza a serviço do interesse público, e os **bens públicos acidentais**, isto é, aqueles que foram incorporados ao domínio público.[15]

12.14 ATRIBUTOS

Os bens públicos são dotados de um regime jurídico especial que os diferencia dos bens particulares. As principais características normativas desse regime diferenciado podem ser reduzidas a **quatro atributos fundamentais dos bens públicos**: inalienabilidade, **impenhorabilidade**, imprescritibilidade e não onerabilidade.

A prova de Auditor/MG 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Os bens públicos são caracterizados como impenhoráveis".

A **inalienabilidade** significa que os bens públicos **não podem ser vendidos** livremente. Isso porque a legislação estabelece condições e procedimentos especiais para a venda de tais bens. Assim, o mais apropriado é falar em **alienabilidade condicionada** ao cumprimento das exigências legalmente impostas. Decorre da inalienabilidade a conclusão de que os bens públicos não podem ser embargados, hipotecados, desapropriados, penhorados, reivindicados, usufruídos, nem objeto de servidão.[16]

O atributo da **impenhorabilidade** decorre do fato de que os bens públicos **não podem ser objeto de constrição judicial**. A impenhorabilidade é uma decorrência lógica da inalienabilidade na medida em que, por ser insuscetível a alienação, a penhora sobre bem público constitui medida inútil. Importante destacar, também, que a impenhorabilidade dos bens públicos é a justificativa para existência da execução especial contra a Fazenda Pública e da ordem dos **precatórios** (art. 100 da CF). Como os bens do Estado não podem ser penhorados, é impossível aplicar à cobrança de créditos contra a Fazenda o sistema convencional de execução

A prova da Magistratura do Trabalho da 5ª Região elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Por serem inalienáveis *a priori*, os bens públicos não se sujeitam a penhora e, portanto, a administração submete-se à disciplina de precatórios para o pagamento das suas obrigações".

---

15 *Curso de direito administrativo*, p. 385.

16 Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Função social da propriedade pública*, p. 33.

baseado na constrição judicial de bens do devedor. A impenhorabilidade é extensiva, também, aos bens de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionários afetados à **prestação de serviços públicos**.

A prova da Magistratura do Trabalho da 5ª Região elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como os bens de particulares que prestam serviços públicos, ainda que afetados, são penhoráveis".

Quanto à **imprescritibilidade**, seu significado é que os bens públicos não estão submetidos à possibilidade de **prescrição aquisitiva** ou, em uma palavra, os bens públicos **não se sujeitam a usucapião** (arts. 183, § 3º, 191, parágrafo único, da Constituição, e 102 do CC). Segundo a **corrente majoritária**, a imprescritibilidade é atributo de todas as espécies de bens públicos, **incluindo os dominicais**. Exceção a essa regra vem prevista no art. 2º da Lei n. 6.969/81, que admite usucapião especial sobre terras devolutas localizadas na área rural.

A prova da Magistratura do Trabalho da 5ª Região elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Os bens públicos, por constituírem *res extracomercium*, não são suscetíveis à prescrição aquisitiva".

Recentemente, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em visão minoritária, vem sustentando de modo brilhante a possibilidade de bens dominicais que desatendam à função social serem usucapidos.[17]

Por fim, o atributo da **não onerabilidade** reafirma que nenhum ônus real pode recair sobre bens públicos.

12.15 REQUISITOS PARA ALIENAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A alienação de bens públicos depende do cumprimento de condições específicas definidas pelo art. 17 da Lei n. 8.666/93, que variam conforme o tipo de bem e a pessoa a quem pertençam:

1) no caso de **bens imóveis** pertencentes a **órgãos** da Administração Direta, **autarquias** e **fundações públicas**: a) interesse público devidamente justificado; b) avaliação prévia; c) autorização legislativa; d) licitação na modalidade concorrência;

2) no caso de **bens imóveis** pertencentes a **empresas públicas, sociedades de economia mista** e **paraestatais**: a) interesse público devidamente justificado; b) avaliação prévia; c) licitação na modalidade concorrência;

3) no caso de **bens móveis**, independentemente de a quem pertençam: a) interesse público devidamente justificado; b) avaliação prévia; c) licitação em qualquer modalidade.

A Lei n. 9.636/98 disciplina a **alienação de bens imóveis da União**, estabelecendo em seu art. 1º que: "a alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência". A alienação **ocorrerá**

17 *Função social da propriedade pública*, p. 160.

quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade. A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao **Ministro de Estado da Fazenda**, permitida a subdelegação.

A prova da Magistratura do Trabalho da 7ª Região elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a assertiva: "A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado do Planejamento e Gestão, permitida a subdelegação".

A venda dos bens imóveis da União será feita por **concorrência** ou **leilão** e deverá observar os seguintes **requisitos** (art. 25 da Lei n. 9.636/98):

I – na venda por leilão público, a publicação do edital observará as mesmas disposições legais aplicáveis à concorrência pública;

II – os licitantes apresentarão propostas ou lances distintos para cada imóvel;

III – a caução de participação, quando realizada licitação na modalidade de concorrência, corresponderá a 10% (dez por cento) do valor de avaliação;

IV – no caso de leilão público, o arrematante pagará, no ato do pregão, sinal correspondente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor da arrematação, complementando o preço no prazo e nas condições previstas no edital, sob pena de perder, em favor da União, o valor correspondente ao sinal e, em favor do leiloeiro, se for o caso, à respectiva comissão;

V – o leilão público será realizado por leiloeiro oficial ou por servidor especialmente designado;

VI – quando o leilão público for realizado por leiloeiro oficial, a respectiva comissão será, na forma do regulamento, de até 5% (cinco por cento) do valor da arrematação e será paga pelo arrematante, juntamente com o sinal;

VII – o preço mínimo de venda será fixado com base no valor de mercado do imóvel, estabelecido em avaliação de precisão feita pela Secretaria do Patrimônio da União, cuja validade será de seis meses;

VIII – demais condições previstas no regulamento e no edital de licitação.

12.16 AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

Os termos "afetação" e "desafetação" são utilizados em **mais de um sentido** pela doutrina especializada. Genericamente, tais expressões são usadas para designar a **condição estática atual** de determinado bem público. Se o bem está vinculado a uma finalidade pública qualquer, diz-se estar afetado; se não tiver tal vinculação, está desafetado.

Em outro sentido, os mesmos termos são empregados para se referir à **alteração dinâmica de condição** de certo bem público. Assim, por exemplo, se determinado prédio público estava afetado à execução do serviço público de saúde, sendo a edificação derrubada por um terremoto, ocorre sua desafetação. Essa mudança na finalidade do bem pode se dar mediante lei, ato administrativo ou fato administrativo.

Finalmente, pode-se ainda falar em desafetação para designar o **procedimento jurídico de transformação do bem público em bem dominical**, mudando-o de categoria, para viabilizar sua futura alienação.

A confusão entre esses três sentidos possíveis para os termos "afetação" e "desafetação" é a principal causadora das divergências doutrinárias que cercam o assunto.

Neste trabalho, os termos serão empregados para designar a condição estática atual do bem público, acepção mais frequente em provas e concursos públicos.

Nesse sentido, afetação é a condição do bem público que está servindo a alguma finalidade pública. Exemplo: o prédio público onde funciona um hospital da prefeitura é um bem afetado à prestação desse serviço.

Desafetação, ao contrário, é a situação do bem que não está vinculado a nenhuma finalidade pública específica. Exemplo: terreno baldio pertencente ao Estado.

Nota-se que afetação e desafetação têm **natureza jurídica** de **fatos administrativos** e estão relacionadas com a existência ou não de destinação específica para determinado bem público.

Nessa linha, ensina José dos Santos Carvalho Filho: "afetação é o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração. E a desafetação é o inverso: é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior".[18]

A **doutrina majoritária** entende que a **desafetação** ou **desconsagração**, compreendida como o processo de transformação do bem de uso comum ou de uso especial em bem público dominical, só pode ser promovida mediante **lei específica.** Trata-se de lei de conteúdo muito simples, promulgada para mudar a categoria do bem público, nos seguintes termos: "o logradouro X, classificado como bem de uso comum do povo e localizado no endereço tal, passa à categoria de bem dominical".

De qualquer forma, **não existe** no direito brasileiro a denominada **desafetação tácita**, entendida como a mudança de categoria do bem **pela falta de uso**. Essa conversão em bem dominical somente poderá ser promovida mediante vontade expressa do legislador.

12.17 PATRIMÔNIO PÚBLICO DISPONÍVEL E PATRIMÔNIO PÚBLICO INDISPONÍVEL

O patrimônio público disponível é formado pelos bens públicos dominicais, isto é, aqueles suscetíveis de alienação.

Ao contrário, o patrimônio público indisponível é formado pelos bens de uso comum do povo e pelos bens de uso especial porque, enquanto mantiverem essa condição, são insuscetíveis de alienação.

---

[18] *Manual de direito administrativo,* p. 1083.

12.18 FORMAS DE USO

A doutrina identifica **quatro formas** principais de uso dos bens públicos: a) uso comum; b) uso especial; c) uso compartilhado; d) uso privativo.

Importante ressaltar que as formas de uso **não devem ser confundidas com as espécies de bens públicos**. Como os termos "uso comum" e "uso especial" são utilizados tanto para designar espécies de bens quanto forma de uso, as confusões são frequentes e muito prejudiciais para compreensão do tema. Assim, a título de exemplo, uma estrada, que é bem de uso comum do povo (espécie de bem), admite as formas de uso comum ou de uso privativo.

As formas de uso dos bens públicos são:

a) uso comum: é aquele aberto à coletividade, sem necessidade de **autorização estatal**. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou **remunerado** (art. 103 do CC);

A prova de Auditor/MG 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O uso comum de bem público se caracteriza quando deste se utilizam todos os membros da coletividade sem que haja discriminação entre os usuários nem consentimento estatal específico para esse fim".

b) uso especial: utilização submetida a **regras específicas** e **consentimento estatal**. Pode ser gratuito ou remunerado. Exemplo: utilização de rodovia pedagiada;

c) uso compartilhado: quando pessoas jurídicas públicas ou privadas precisam usar **bens pertencentes a outras pessoas governamentais**. Exemplo: instalação, por Estado-membro, de dutos com fios elétricos sob **área pública municipal**;

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Uma sociedade de economia mista estadual, ao prestar serviço público de titularidade da União, pode precisar de autorização municipal, desde que para prestar o serviço concedido ela utilize bem público municipal".

d) uso privativo: quando a utilização do bem público é **outorgada temporariamente a determinada pessoa**, mediante instrumento jurídico específico, excluindo-se a possibilidade de uso do mesmo bem pelas demais pessoas. É o caso, por exemplo, de autorização dada pela prefeitura para realização de quermesse em praça pública. Deferida a autorização, fica excluído o uso do mesmo local por outras pessoas durante o período objeto da autorização. O uso privativo tem quatro **características** fundamentais: **privatividade, instrumentalidade formal, discricionariedade, precariedade** e **regime de direito público**.

12.19 CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO

Os bens públicos de qualquer espécie podem ter o seu uso privativo outorgado temporariamente, em caráter precário, a determinados particulares. Tal possibilidade **se estende a bens públicos de uso comum**, de **uso especial** ou até **dominicais**. A outorga sempre depende de **ato administrativo formal** e envolve um **juízo discricionário** por parte da Administração, que avaliará a conveniência e a oportunidade do deferimento do pedido.

Os principais **instrumentos** de outorga do uso privativo de bens públicos são:

a) autorização de uso de bem público: é o ato administrativo **unilateral, discricionário, precário** e **sem licitação** por meio do qual o Poder Público faculta o uso de bem público a determinado particular em atenção a **interesse predominantemente privado**. Exemplos: fechamento de rua para realização de quermesse; autorização para instalação de mesas de bar na calçada. Em regra, a autorização é deferida por **prazo indeterminado**, o que se relaciona ao seu caráter precário, isto é, a autorização pode ser revogada a qualquer tempo sem qualquer indenização ao autorizatário. Entretanto, na hipótese de ser outorgada autorização por prazo determinado, sua revogação antecipada enseja indenização ao particular prejudicado;

b) permissão de uso de bem público: é o ato administrativo **unilateral, discricionário** e **precário** pelo qual o Poder Público defere o uso privativo de bem público a determinado particular em atenção a **interesse predominantemente público**. Ao contrário da autorização que faculta o uso da área, na permissão existe uma **obrigatoriedade na utilização** do bem público objeto da permissão. Nos termos do disposto no art. 2º da Lei n. 8.666/93, a outorga de permissão pressupõe a **realização de licitação**. O certo é que a outorga da permissão pode-se dar por meio de **qualquer uma das modalidades licitatórias** previstas na Lei n. 8.666/93. Como regra, a permissão é deferida por prazo indeterminado, podendo ser revogada a qualquer tempo sem ensejar dever de indenizar o permissionário. Entretanto, na hipótese rara de a permissão ser outorgada por prazo determinado, mitigando sua natureza precária, a revogação antecipada gera direito à indenização diante da expectativa frustrada do permissionário de permanecer na área pública pelo prazo anunciado pela Administração. Exemplo de permissão: instalação de banca de jornal em área pública;

c) concessão de uso de bem público: é o **contrato administrativo bilateral** pelo qual o Poder Público outorga, mediante **prévia licitação**, o uso privativo e **obrigatório** de bem público a particular, por **prazo determinado**. O uso do bem pelo concessionário deve respeitar a destinação prevista no ato de concessão, podendo a utilização ser **gratuita ou remunerada** por parte do concessionário. Como a concessão é outorgada por prazo determinado, a sua **rescisão antecipada pode ensejar dever de indenizar**, desde que não tenha havido culpa do concessionário. Na concessão, há **preponderância do interesse público** sobre o interesse do particular concessionário. Existe previsão de outorga gratuita ou remunerada, por prazo certo ou indeterminado. Exemplo dessa espécie de contrato: concessão de jazida (art. 176 da CF);

d) concessão de direito real de uso: prevista no Decreto-Lei n. 271/67, a concessão de direito real de uso pode recair sobre **terrenos públicos** ou **espaço aéreo**. As finalidades específicas dessa outorga são: regularização

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente".

fundiária, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas (art. 7º do Decreto-Lei n. 271/67). Sendo direito real, ao contrário da concessão simples de uso comum, que é direito pessoal, a concessão de direito real de uso pode ser transferida por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária (art. 7º, § 4º, do Decreto-Lei n. 271/67).

Por fim, cabe fazer breve menção à **concessão de uso especial para fins de moradia**, disciplinada pela Medida Provisória n. 2.220/2001, cujos requisitos estão elencados no art. 1º do referido diploma normativo: "aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro **imóvel urbano ou rural**".

A prova da Magistratura/2008 elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Ter possuído, até 30 de junho de 2001, como seus, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-os para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Esses são os requisitos para que se exerça o direito à concessão de uso especial para fins de moradia, cujo título pode ser obtido por via administrativa ou judicial".

12.20 AFORAMENTO PÚBLICO

O aforamento é outra modalidade de uso privativo de **bens públicos imóveis**, consistente em um direito real administrativo de posse, uso, gozo e relativa disposição sobre a coisa, mantendo o Estado o domínio direto, e o particular (foreiro ou enfiteuta), o domínio útil.[19]

12.21 FORMAS DE AQUISIÇÃO E ALIENAÇÃO

A **aquisição** de bens públicos pode-se dar por meio de:[20] a) **contrato**; b) **usucapião** (art. 1.238 do CC); c) **desapropriação** (art. 5º, XXIV, da CF); d) **acessão** (art. 1.248 do CC); e) **aquisição *causa mortis*** (art. 1.603, V, do CC); f) **arrematação**; g) **adjudicação** (art. 685-A do CPC); h) **resgate na enfiteuse** (art. 693 do antigo CC); i) **dação** em pagamento (art. 156, XI, do CTN); j) **por força de lei** (aquisição *ex vi legis*).

Já os principais institutos de **alienação** de bens públicos são:[21] a) **venda** (art. 17 da Lei n. 8.666/93); b) **doação** a outro órgão ou entidade da administração pública (art. 17, I, *b*, da Lei n. 8.666/93); c) **permuta** (art. 17, I, *c*, da Lei n. 8.666/93); d) **dação** em pagamento (art. 356 do CC); e) **concessão de domínio** (art. 17, § 2º,

19 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 395.

20 José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 1090.

21 José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 1127.

da Lei n. 8.666/93); f) **investidura** (art. 17, § 3º, da Lei n. 8.666/93); g) **incorporação**; h) **retrocessão** (art. 519 do CC); i) **legitimação de posse** (art. 1º da Lei n. 6.383/76).

12.22 QUESTÕES

1. (OAB/SP – Vunesp) Mercado municipal e cemitério público distinguem-se, na classificação de bens públicos, das terras devolutas e terrenos de marinha?

A) Não, porque a todos se aplica o regime jurídico do direito público, sendo todos bens inalienáveis.
B) Sim, porque os primeiros são bens públicos de uso comum e os últimos são bens públicos dominicais.
C) Sim, porque os primeiros são bens públicos de uso especial e os últimos são bens públicos dominicais.
D) Não, porque todos são bens públicos patrimoniais disponíveis.

2. (Ministério Público/RR – Cespe) Julgue os próximos itens, a respeito de bens públicos.

I. Pelo instituto do indigenato, as áreas indígenas são bens dos índios, aos quais serão destinados os frutos pela exploração econômica dessas áreas.

II. As áreas de fronteira são bens da União considerados de uso público de uso especial, obedecidas as restrições impostas em face da soberania nacional.

III. Os recursos minerais, mesmo que localizados na superfície, são bens da União, mas se assegura o pagamento de *royalties* aos estados e municípios onde esses recursos naturais forem encontrados.

IV. É constitucional a cobrança de taxa na utilização de bens públicos.

V. O município poderá exercer o direito de preempção na alienação onerosa de imóveis urbanos, entre particulares, quando tiver o interesse em destinar essa área à proteção de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

A quantidade de itens certos é igual a:

A) 1.
B) 2.
C) 3.
D) 4.
E) 5.

3. (Ministério Público/RR – 2008 – Cespe) Em uma república democrática, os bens públicos, em geral, são dotados de nota de inalienabilidade, e só em casos excepcionais podem ser alienados, observando-se o disposto na respectiva lei de licitações. Julgue os próximos itens, acerca dos princípios licitatórios e das características dos bens públicos no Brasil.

A) Segundo a CF, os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião.
B) Enquadram-se como bens públicos da União, de acordo com previsão constitucional, os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio ou do DF, desde que não banhem mais de um estado.

4. (Ministério Público/PB – 2008 – Cespe) As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas e imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e às necessidades de sua reprodução física e cultural são consideradas bens:

A) públicos de uso especial, pertencentes à União.

B) públicos de uso especial, pertencentes ao estado em que se localizem.
C) públicos de uso especial, pertencentes ao município em que se localizem.
D) públicos dominicais, pertencentes à União.
E) particulares, pertencentes à comunidade indígena respectiva.

5. (Ministério Público/AM – 2008 – Cespe) Julgue os itens a seguir, acerca dos bens públicos.
I. Os bens públicos não dispensam, no que diz respeito a sua defesa, a utilização de instrumento do qual pode se valer o particular para a defesa de seu patrimônio esbulhado ou turbado.
II. Se o bem público objeto de eventual esbulho for de uso comum ou de uso especial, é cabível a retomada por meio de atos autoexecutórios.
III. Os bens de uso especial são aqueles destinados à execução dos serviços públicos, a exemplo de um edifício onde esteja instalada uma cadeia pública.
IV. Os bens dominiais, ou dominicais, estão disponíveis à alienação, desde que condicionados a certos requisitos previstos em lei.
A quantidade de itens certos é igual a:
A) 0.
B) 1.
C) 2.
D) 3.
E) 4.

6. (Magistratura/TO – 2008 – Cespe) Acerca dos bens públicos, assinale a opção correta.
A) As terras reservadas aos indígenas são bens dominiais e são consideradas bens públicos da União.
B) Os recursos minerais do solo são de propriedade da União, propriedade essa que não se estende à lavra produzida pelas concessionárias que exploram essa atividade.
C) A desafetação de bem público só pode ser feita por meio de lei.
D) Conforme entendimento do STJ, as contas públicas não podem ser objeto de bloqueio judicial para garantir o custeio de tratamento médico, já que a Constituição apenas ressalvou a hipótese de sequestro de crédito de natureza alimentícia, conceito este que não abrange aquele custeio.

7. (Magistratura/SE – 2008 – Cespe) A terra devoluta de propriedade da União é um bem público:
A) dominial;
B) extraordinário;
C) de uso especial;
D) de uso comum;
E) afetado ao uso da administração.

8. (Advogado da Petrobras – 2007 – Cesgranrio) Observando-se a classificação prevista no art. 99 do Código Civil, são bens públicos de uso especial:
A) as estradas, as praças e os rios;
B) as estradas, os rios e os teatros públicos;
C) as praças, os veículos oficiais e os teatros públicos;
D) as praças, os veículos oficiais e os imóveis onde estão localizadas as repartições públicas;

E) os cemitérios públicos, os teatros públicos e os imóveis onde estão localizadas as repartições públicas.

9. (AGU – 2008 – Cespe) Relativamente aos bens públicos, julgue os itens seguintes.

18. As terras devolutas são espécies de terras públicas que, por serem bens de uso comum do povo, não estão incorporadas ao domínio privado. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados-membros, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Constituem bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

19. Os rios públicos são bens da União quando situados em terrenos de seu domínio, ou ainda quando banharem mais de um estado da Federação, ou servirem de limites com outros países, ou se estenderem a território estrangeiro ou dele provierem. Os demais rios públicos, bem como os respectivos potenciais de energia hidráulica, pertencem aos estados-membros da Federação.

10. (Defensoria da União – Cespe) Julgue os seguintes itens, no que se refere aos bens públicos e à proteção e defesa de bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

20. O mar territorial é bem público de uso comum, de propriedade da União, que compreende faixa de 200 milhas marítimas de largura a partir do litoral.

21. O tombamento apenas pode incidir sobre bens imóveis.

11. (Procurador/RR – FCC) A respeito da alienação de bens imóveis de propriedade da Administração Pública, é correto afirmar que:

A) depende de prévia autorização legislativa, avaliação e adoção de procedimento licitatório na modalidade concorrência, independentemente da forma de aquisição pela Administração;

B) depende de prévia autorização legislativa, avaliação e procedimento licitatório, dispensados tais requisitos nas hipóteses de dação em pagamento, venda ou doação a outro órgão ou entidade de qualquer esfera de governo;

C) poderão ser alienados com dispensa de licitação, quando derivados de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento;

D) não são passíveis de alienação, exceto quando adquiridos mediante adjudicação ou dação em pagamento;

E) a alienação de bens adquiridos mediante dação em pagamento poderá ser feita mediante leilão, precedido de avaliação e comprovada a necessidade ou utilidade da alienação.

12. (Magistratura do Trabalho – 7ª Região – Esaf) Tratando-se de bens públicos da União Federal, a Lei n. 9.636/98 dispõe sobre o respectivo mecanismo de alienação. Sobre esse tema, assinale a afirmativa falsa.

A) A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República.

B) A Secretaria de Patrimônio da União – SPU deverá sempre se pronunciar previamente quanto à conveniência e oportunidade da alienação.

C) A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado do Planejamento e Gestão, permitida a subdelegação.

D) A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União.

E) A decisão quanto à alienação observará a inconveniência no desaparecimento do vínculo de propriedade com a União em face da preservação ambiental e da defesa nacional.

13. (Procurador/RR – FCC) O Estado pretende reaver determinado bem público cujo uso foi permitido a particular, por prazo indeterminado, para desenvolvimento de atividade de interesse público, em função da destinação ter sido deturpada, a fim de atender propósitos exclusivamente particulares. O ocupante do imóvel deverá:

A) restituir o imóvel imediatamente após ser comunicado, em função da precariedade do ato que lhe permitiu o uso do bem e da alteração unilateral e indevida da destinação do bem.
B) requerer a restituição do que investiu no imóvel para adequá-lo a seu uso, ainda que indevido, podendo requerer, em ação judicial competente, a penhora do bem para garantia de seu crédito.
C) defender sua posse por meio direto, em face do direito subjetivo advindo da assinatura do termo de permissão de uso, ainda que este fosse precário.
D) resistir ao pleito da Administração Pública e ingressar com ação de usucapião do bem após decorridos 5 (cinco) anos da comunicação para desocupação.
E) reter o bem em face das benfeitorias feitas, ainda que não tenham sido comunicadas ao proprietário, exigindo, como indenização, a permuta do imóvel pelo uso de outra área de propriedade do Poder Público permitente.

14. (PFN – 2007 – Esaf) Constituem monopólio da União, exceto:

A) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.
B) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, que poderá ser contratada com empresas estatais ou privadas.
C) a navegação de cabotagem entre portos localizados no mar territorial brasileiro.
D) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País.
E) a pesquisa e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

15. (OAB Nacional – Cespe) Acerca dos bens públicos, assinale a opção correta.

A) Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.
B) Os bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista que prestam serviço público submetem-se ao regime próprio das empresas privadas.
C) Todas as terras devolutas são bens da União.
D) As cavidades naturais subterrâneas, como as grutas, são bens dos municípios nas quais se encontram, cabendo a esses explorá-los economicamente sem prejuízo da ação fiscalizadora da União, dos estados e do DF.

16. (OAB/SP – Vunesp) Os bens adquiridos por empresa privada, concessionária de serviço público, são passíveis de alienação?

A) Não, a não ser que já amortizados pelas tarifas.
B) Não, porque todos os bens de concessionária são considerados reversíveis.
C) Sim, porque adquiridos pela própria empresa privada.
D) Sim, desde que sejam bens não afetados à prestação do serviço.

17. (AUTOR) São atributos dos bens públicos:

A) legalidade, moralidade e publicidade;
B) presunção de legalidade e imperatividade;
C) inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade;
D) alienabilidade, imprescritibilidade e legalidade.

18. (AUTOR) A característica da "imprescritibilidade" dos bens públicos significa:

A) que não se sujeitam a usucapião;
B) que só podem ser vendidos por licitação;
C) que não podem ser alienados nunca;
D) que só podem ser alienados nas hipóteses previstas em lei.

19. (AUTOR) São exemplos de bens de uso comum do povo:

A) prédios onde funcionam repartições públicas;
B) escolas, hospitais e creches;
C) terras devolutas;
D) ruas, praças e florestas.

20. (OAB/RS – 2007.2) Em razão do regime jurídico aplicável aos bens públicos, em ação trabalhista contra uma autarquia federal, liquidada a sentença condenatória e após a homologação dos cálculos, para fins de satisfação do crédito do reclamante, é correto que ocorra:

A) a penhora de tantos bens quantos bastem para a satisfação do crédito;
B) a prática dos atos processuais necessários para a expedição de precatório;
C) o bloqueio do valor total da condenação junto ao sistema financeiro, por intermédio do sistema denominado Bacen Jud;
D) a alienação de bens suficientes para a garantia do débito, mediante licitação pública e prévia avaliação, quando se tratar de bens imóveis.

21. (OAB/SP – Vunesp) Várias empresas particulares utilizam áreas dentro das estações da Cia. do Metropolitano de São Paulo – Metrô para instalar suas lojas. Estas utilizações de bens do Metrô, que são remuneradas, podem ser efetivadas por permissão de uso de bem público?

A) Não, porque o Metrô realiza serviço público (transporte público), logo, todos seus bens são públicos e só podem ser cedidos gratuitamente por concessão ou permissão de serviço público, após regular licitação.
B) Não, por se tratar de sociedade de economia mista, sob regime privado, todos os bens do Metrô são privados, inclusive as estações, razão pela qual elas só podem ser cedidas por contrato de locação ou comodato, com base no Código Civil.
C) Sim, porque como sociedade de economia mista da Administração Indireta Estadual, o Metrô tem patrimônio próprio, constituído de bens dominicais que, embora afetados ao serviço, podem ter seu uso cedido ou alienado a particulares, por permissão ou concessão de direito real de uso.
D) Sim, porque como sociedade de economia mista prestadora de serviço público (transporte público), ela pode ceder o uso de seus bens a particulares, tendo em vista a realização de interesse público.

22. (OAB/RJ) Assinale a opção correta:
A) os bens públicos de uso comum do povo são penhoráveis;
B) os bens públicos de uso especial podem ser alienados enquanto mantiverem essa característica;
C) os bens públicos dominicais estão sob o domínio público, sendo impenhoráveis, porém podem ser usucapidos;
D) os bens públicos são imprescritíveis.

23. (OAB/RO) Quanto à classificação dos bens públicos, aponte a assertiva incorreta:
A) os mares, rios, estradas e praças classificam-se como bens de uso comum do povo;
B) bens dominicais são aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de Direito Público;
C) bens de uso especial destinam-se especialmente à execução dos serviços públicos, tais como edifícios das repartições públicas, terrenos aplicados aos serviços públicos e veículos da Administração;
D) as praias foram inclusas como bens dominicais.

24. (OAB/MS) Sobre bens públicos, assinale a alternativa correta:
A) os terrenos de marinha são considerados bens dominicais, podendo ser explorados pelo poder público;
B) os terrenos de marinha são considerados bens de uso comum e por tal conta podem ser explorados pelo poder público;
C) os terrenos de marinha pertencem ao município onde estão localizados;
D) os terrenos de marinha pertencem ao Estado onde estão localizados.

25. (OAB/BA) Quanto aos bens públicos:
A) sua alienação exige prévia desafetação e lei específica, sejam bens de uso especial ou dominicais;
B) os rios, as ilhas oceânicas e as costeiras, bem como os potenciais de energia hidráulica, pertencem aos estados-membros;
C) admite-se o uso privativo, por particular, inclusive com a possibilidade de disposição de uma parte da matéria física neles encontrada;
D) não admitem locação ou arrendamento.

26. (OAB/GO) Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, com sua vigente redação, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, incumbindo ao Poder Público:
A) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
B) exigir, na forma de decreto, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental;
C) disponibilizar as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais;
D) definir, em lei estadual, localização das usinas que operem com reator nuclear, sem o que não poderão ser instaladas.

13
DESAPROPRIAÇÃO

13.1 INTRODUÇÃO

A **desapropriação** ou **expropriação** é a mais agressiva forma de intervenção do Estado na propriedade privada. Consiste no procedimento **excepcional** de transformação compulsória de bens privados em públicos, mediante o pagamento de indenização.

Quando promovida pela Administração Pública, é denominada desapropriação administrativa. Não deve ser confundida, por isso, com denominada **desapropriação privada**, prevista no § 4º, do art. 1.228, do Código Civil, segundo o qual: "o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante". Embora equivocamente chamada de "privada", a referida modalidade expropriatória é **efetivada pelo Poder Judiciário**. Esse novo instituto ainda não foi adequadamente compreendido pelos estudiosos, mas seguramente não se trata da figura tradicional da desapropriação de Direito Administrativo.

13.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-POLÍTICOS

A competência expropriatória está constitucionalmente reconhecida no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal de 1988: "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".

O fundamento político do poder de suprimir compulsoriamente a propriedade privada decorre, em primeiro lugar, do **domínio eminente** (*dominium eminens*) que o Estado exerce sobre todos os bens situados em seu território.

Além disso, a competência expropriatória encontra respaldo, também, no supraprincípio da **supremacia do interesse público sobre o privado** e na necessidade de que todo imóvel atenda à **função social da propriedade**.

Os referidos fundamentos jurídico-políticos não devem ser confundidos com os três fundamentos normativos da desapropriação mencionados no art. 5º, XXIV, da CF: necessidade pública, utilidade pública e interesse social.

13.3 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

A competência para criar leis sobre desapropriação é **privativa da União** (art. 22, II, da CF).

Tal prerrogativa, entretanto, não se confunde com a **competência para desapropriar**, compreendida como a habilitação jurídica para declarar a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social de determinado bem, atribuição esta a cargo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em regra, as **agências reguladoras** é que têm a competência para expedir os decretos expropriatórios referentes a bens necessários à expansão do serviço público objeto de sua atuação.

A prova da Magistratura/TO considerou CORRETA a assertiva: "A companhia de energia elétrica de determinado Estado da Federação, empresa pública exploradora de atividade econômica, pretende instalar o serviço de energia elétrica em determinada comunidade rural. Para isso, será necessário instalar a rede em diversas propriedades rurais. Nesse caso, a declaração de utilidade pública na espécie é da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel".

Outra coisa é a **competência para promover a desapropriação**, que consiste em executar atos materiais e concretos de transformação de bem privado em público. União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias, concessionárias e permissionárias de serviços públicos podem exercer referida atribuição. Nesse sentido, prescreve o art. 3º do Decreto-Lei n. 3.365/41: "Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato".

Importante destacar, por fim, que a **desapropriação pode beneficiar pessoas privadas** que realizam atividades de interesse público, como universidades privadas. Porém, em nenhuma hipótese a expropriação pode ser promovida em favor de quem atua exclusivamente na defesa de interesse privado.

13.4 BASE CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 contém diversos dispositivos que tratam do tema desapropriação:

Considerando que são fundamentos e não pressupostos, a prova do Ministério Público/RR 2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "De acordo com a CF, são pressupostos da desapropriação a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social".

a) art. 5º, XXIV: define os **três fundamentos** ensejadores da **desapropriação**: **necessidade pública, utilidade pública e interesse social**. Além disso, determina que, como regra geral, a indenização deve ser **prévia, justa e em dinheiro**;

b) art. 22, II: fixa competência privativa da União para legislar sobre desapropriação;

c) art. 182, § 4º, III: permite que o Município promova **desapropriação sancionatória urbanística** do imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado, com pagamento mediante títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos;

d) art. 184: define a **competência exclusiva da União** para desapropriar por interesse social, **para fins de reforma agrária**, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até vinte anos;

e) art. 184, § 5º: embora o dispositivo fale em "isenção", na verdade a referida norma delimita a **imunidade tributária** de impostos federais, estaduais e municipais **sobre operações de transferência de imóveis desapropriados** para fins de reforma agrária;

f) art. 185: impede que a desapropriação para reforma agrária recaia sobre: 1) **pequena e média propriedade rural**, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra e 2) a **propriedade produtiva**;

g) art. 243: prevê o **confisco de glebas** utilizadas para o plantio ilegal de **plantas psicotrópicas** empregadas na produção de drogas, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

13.5 NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Além da disciplina constitucional dispensada ao tema, diversas leis tratam do regramento do instituto da desapropriação, sendo as mais importantes:

a) Decreto-Lei n. 3.365/41: embora discipline especificamente a **desapropriação por utilidade pública**, o Decreto-Lei n. 3.365 é considerado **lei geral de desapropriações**, contendo as normas mais importantes sobre o procedimento expropriatório em nosso país;

b) Lei n. 4.132/62: define os casos de desapropriação por interesse social;

c) Lei n. 8.629/93: regulamenta os dispositivos constitucionais referentes à **reforma agrária**;

d) Lei Complementar n. 76/93: disciplina o procedimento especial de rito sumário da desapropriação para fins de **reforma agrária**;

e) Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade): o Estatuto da Cidade **regulamenta a desapropriação urbanística** (art. 8º), de competência do Município, como importante instrumento de política urbana;

f) Lei n. 10.406/2002 (Código Civil): o novo Código Civil possui diversos dispositivos tratando do tema desapropriação, entre eles: 1) art. 519 (define um caso de **tresdestinação lícita** ao permitir que o bem expropriado receba destinação diversa daquela prevista inicialmente no decreto expropriatório); 2) art. 1.228, § 3º (faz referência à desapropriação como forma de privação da propriedade); 3) art. 1.275 (inclui a desapropriação entre os institutos de perda da propriedade).

13.6 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

Antes de apresentarmos um conceito de desapropriação conveniente para utilização em provas e concursos públicos, é fundamental conhecer as conceituações apresentadas pelos mais importantes administrativistas brasileiros, atentando para os elementos conceituais mais significativos em cada autor.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "é o **procedimento administrativo** pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de **necessidade pública, utilidade pública ou interesse social**, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização".[1]

Hely Lopes Meirelles: "é a **transferência compulsória da propriedade particular, ou pública** de entidade de grau inferior para a superior, para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de Reforma Agrária, por interesse social".[2]

Celso Antônio **Bandeira de Mello**: "o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente **despoja alguém de um certo bem**, normalmente adquirindo-o para si, **em caráter originário**, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo nos casos de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real".[3]

José dos Santos **Carvalho Filho**: "é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si, por razões de utilidade pública ou de interesse social, propriedade de terceiros, **normalmente mediante pagamento de indenização**".[4]

13.7 NOSSO CONCEITO

Reunindo os elementos conceituais mais importantes presentes nas definições acima elencadas, é possível conceituar desapropriação como *o procedimento administrativo pelo qual o Estado transforma compulsoriamente bem de terceiro em propriedade pública, com fundamento na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, pagando indenização prévia, justa e, como regra, em dinheiro.*

---

1 *Direito administrativo,* p. 159.

2 *Direito administrativo brasileiro,* p. 569.

3 *Curso de direito administrativo,* p. 865-866.

4 *Manual de direito administrativo,* p. 774.

Convém analisar com maior profundidade os aspectos mais relevantes do conceito apresentado:

a) procedimento administrativo: a desapropriação tem **natureza jurídica de procedimento**, isto é, consiste em um conjunto ordenado de atos administrativos. Por isso, a desapropriação não pode ser tratada como um ato jurídico isolado ou um fato administrativo, tampouco como processo (relação jurídica). Além disso, ao afirmar-se que a desapropriação é um procedimento "administrativo", reforça-se a ideia de que a referida sequência de atos se encontra submetida diretamente à incidência dos princípios e normas do Direito Administrativo, e não de outro ramo jurídico;

b) pelo qual o Estado transforma compulsoriamente: uma das notas características fundamentais do procedimento expropriatório é o fato de ser **realizado de modo imperativo**, forçoso, promovendo unilateralmente o ingresso de bem particular no domínio público. Importante relembrar que a desapropriação só pode ser iniciada pelo Estado, que tem competência exclusiva para expedir o decreto expropriatório, mas concessionários e permissionários também podem realizar atos materiais de cooperação com o Estado durante o procedimento da desapropriação;

c) bem de terceiro em propriedade pública: a força estatal expropriante, como regra, pode alcançar **todos os tipos de bens**, incorporando-os definitivamente ao domínio público. Nesse ponto, a desapropriação **difere de outros instrumentos de intervenção estatal na propriedade** privada, como a requisição e a ocupação temporária, na medida em que, nessas figuras, o bem privado é utilizado temporariamente pelo Estado, não chegando a se converter em bem público. Diferentemente, a **desapropriação altera de modo definitivo a propriedade do bem**;

d) com fundamento na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social: o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal faz referência à necessidade pública, utilidade pública e interesse social como os três fundamentos normativos da desapropriação. Em linhas gerais, pode-se dizer que a **necessidade pública** envolve casos em que a desapropriação **é emergencial**, ao passo que, nas hipóteses de **utilidade pública**, a aquisição compulsória do bem **é conveniente**, mas não indispensável. Já o requisito do **interesse social** relaciona-se com o cumprimento da **função social da propriedade**;

e) pagando indenização prévia, justa e, como regra, em dinheiro: na desapropriação, a perda da propriedade é compensada pelo pagamento de indenização ao proprietário anterior. Em razão do dever de indenizar, a desapropriação **difere do confisco** pelo fato de que, neste último, o Estado subtrai um bem pertencente a terceiro, sem que haja qualquer tipo de compensação econômica. Assim, é correto afirmar que **o dever de indenizar é conatural ao instituto da desapropriação**. Como regra, a indenização expropriatória deve observar três atributos: ser prévia, justa e em dinheiro. Prévia e justa a indenização sempre deverá ser. Entretanto, quanto ao terceiro atributo citado, a própria Constituição prevê casos em que a indenização não será em dinheiro, mas **em títulos da dívida**. É o que ocorre nas desapropriações, por interesse social, para **Reforma Agrária** (art. 184) e para **Política Urbana**

A prova do Ministério Público/RR 2008 elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "A indenização, no processo de desapropriação, deve ser sempre prévia, justa e em dinheiro".

(art. 183, § 4º, III). O pagamento da indenização em títulos da dívida é uma **punição imposta pelo ordenamento jurídico** diante do descumprimento da função social da **propriedade**.

13.8 FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE

A prova de Analista Fiscal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade".

A prova do Ministério Público/RR 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade".

A **característica mais importante** da desapropriação reside no fato de ser uma forma originária de **aquisição da propriedade**, na medida em que a aquisição não está vinculada à situação jurídica anterior. Assim, o bem expropriado **ingressa no domínio público livre de ônus e gravames** que eventualmente o atinjam.

Por isso, se o imóvel objeto da desapropriação, por exemplo, estava hipotecado, **a hipoteca é automaticamente desconstituída** no momento em que o bem ingressa no domínio público, sub-rogando-se o credor hipotecário no valor da indenização devida ao **ex-proprietário**.

A prova de Analista Fiscal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Os ônus e direitos que existiam em relação ao bem expropriado extinguem-se e ficam sub-rogados no preço".

A 23ª prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a assertiva: "Por ser forma originária de aquisição da propriedade, não ficam sub-rogados no valor pago a título de indenização, quaisquer ônus ou direitos reais que recaiam sobre o bem expropriado".

13.9 INSTITUTOS AFINS

A desapropriação é um dos instrumentos de intervenção estatal na propriedade privada. Entretanto, suas características jurídicas diferenciam a desapropriação dos demais institutos pertencentes a essa categoria. É oportuno indicar as mais importantes distinções entre a desapropriação e outros institutos afins:

a) requisição: prevista no art. 5º, XXV, da CF, a requisição é um instrumento de uso transitório da propriedade privada ou de serviços pelo Estado, em situações de iminente perigo público, garantindo indenização posterior somente se houver prejuízo. Em razão disso, a requisição possui quatro **diferenças fundamentais em relação à desapropriação**:

1) **quanto à durabilidade:** a requisição é transitória; a desapropriação, definitiva;

2) **quanto ao motivo:** a requisição ocorre em situações de iminente perigo público; a desapropriação tem como fundamentos a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social;

3) **quanto à natureza jurídica:** a requisição é ato unilateral, discricionário e autoexecutável; a desapropriação é procedimento administrativo;

4) **quanto ao objeto:** a requisição pode recair sobre bens ou serviços; a desapropriação, somente sobre bens e outros direitos, nunca incidindo sobre serviços;

5) **quanto ao *status* do bem:** na requisição o bem permanece como propriedade particular; na desapropriação, ingressa no domínio público;

6) **quanto à indenização:** na requisição a indenização é posterior e paga somente se houver prejuízo; na desapropriação é prévia e devida sempre.

b) ocupação temporária: assim como ocorre com a requisição, a ocupação temporária difere da desapropriação por ser transitória, ter natureza de ato administrativo isolado e não envolver obrigatoriedade de indenização; ao passo que a desapropriação é definitiva, tem natureza de procedimento administrativo e sempre gera direito à indenização;

c) confisco: previsto no art. 243 da Constituição Federal, o confisco é perda definitiva, e **sem qualquer indenização**, dos bens utilizados para o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, que serão especificamente destinados ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

A prova da Magistratura/DF considerou INCORRETA a afirmação: "As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas, sem qualquer indenização ao proprietário, e reverterão em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas".

Embora o referido dispositivo afirme que os bens usados para essa finalidade "serão expropriados", não se trata de **desapropriação**. Isso porque o pagamento de indenização é elemento indispensável para caracterização da desapropriação. A **desapropriação sempre indeniza; o confisco nunca indeniza**.

A prova do Ministério Público/RR 2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "O instituto da desapropriação e o do confisco são idênticos, uma vez que ambos constituem transferência compulsória da propriedade, expressando o poder ilimitado de exercício do domínio eminente pelo poder público".

d) desapropriação privada: o instituto conhecido como "desapropriação privada", prevista no art. 1.228, § 4º, do Código Civil, não constitui verdadeira desapropriação na medida em que é **promovida judicialmente**, atendendo a requisitos e objetivos bastante diferentes daqueles próprios do procedimento expropriatório convencional. Na desapropriação privada tampouco se faz necessário o enquadramento em um dos fundamentos constitucionais (art. 5º, XXIV, da CF) ensejadores da desapropriação administrativa: utilidade pública, necessidade pública ou interesse social.

13.10 FUNDAMENTOS NORMATIVOS DA DESAPROPRIAÇÃO

Conforme dito anteriormente, o art. 5º, XXIV, da CF prevê três fundamentos da desapropriação: necessidade pública, utilidade pública ou por interesse social.

A doutrina especializada tem se esforçado para identificar as características diferenciais desses três conceitos – uma difícil tarefa diante da falta de parâmetros legais para distinguir necessidade pública, utilidade pública ou por interesse social.

Entretanto, alguns apontamentos importantes podem auxiliar nessa diferenciação.

13.10.1 Necessidade pública

As hipóteses de necessidade pública envolvem **situações de emergência**, que exigem a **transferência urgente** e **imprescindível** de bens de terceiros para o domínio público, propiciando **uso imediato pela Administração**.[5]

Não há no direito brasileiro uma lei disciplinando especificamente os casos de desapropriação por necessidade pública. Mas **o art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/41** (Lei Geral de Desapropriações), entre os casos de utilidade pública, prevê **hipóteses que melhor se enquadrariam como de necessidade pública**, tais como as previstas nas alíneas *a*, *b* e *c*, respectivamente:

a) **segurança nacional**;

b) **defesa do Estado**; e

c) **socorro público em caso de calamidade**.

Portanto, segundo a unanimidade da doutrina, o Decreto-Lei n. 3.365/41 também se aplica às desapropriações por necessidade pública.

Nos casos de necessidade pública, o pedido de **imissão provisória na posse é indispensável** para fazer frente à urgência da situação concreta.

13.10.2 Utilidade pública

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a assertiva: "O imóvel desapropriado por utilidade pública torna-se bem patrimonial e pode ser vendido livremente".

Os casos de desapropriação por utilidade pública ocorrem quando **a aquisição do bem é conveniente** e oportuna, mas **não imprescindível**.[6]

Enquanto na **necessidade pública** a desapropriação é a **única solução** administrativa para resolver determinado problema, na **utilidade pública** a desapropriação se apresenta como a **melhor solução**.[7]

O art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/41 descreve as seguintes **hipóteses de utilidade pública** para fins de desapropriação:

"a) a segurança nacional;

b) a defesa do Estado;

c) o socorro público em caso de calamidade;

d) a salubridade pública;

e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;

f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;

---

5 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 577.

6 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 577.

7 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 423.

g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;

h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais".

Embora o art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/41 seja considerado **o rol legislativo das hipóteses de utilidade pública**, é preciso alertar que, como dito anteriormente, as três primeiras hipóteses nele referidas (segurança nacional, defesa do Estado e socorro público em caso de calamidade) são doutrinariamente consideradas casos de necessidade pública.

Nos casos caracterizados como utilidade pública, a **imissão provisória na posse** pode não ser necessária, restando ao Poder Expropriante avaliar a conveniência de formulação do **pedido imissivo**.

A prova da OAB/MT elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Havendo alegação de urgência, o prazo para que o desapropriante requeira a imissão provisória na posse na desapropriação por utilidade pública é de 120 dias".

13.10.3 Interesse social

A desapropriação por interesse social será decretada para **promover a justa distribuição da propriedade** ou **condicionar o seu uso ao bem-estar social** (art. 1º da Lei n. 4.132/62).

Tal modalidade expropriatória possui **caráter eminentemente sancionatório**, representando uma punição ao proprietário de imóvel que **descumpre a função social da propriedade**.

Assim, os casos de interesse social estão exclusivamente relacionados com **bens imóveis**.

São fundadas no interesse social as desapropriações para **política urbana** (art. 182, § 4º, III, da CF) e para **reforma agrária** (art. 184 da CF), sendo que a indenização **não é paga em dinheiro**, mas em títulos públicos.

Importante destacar também que os bens desapropriados por interesse social **não são destinados à Administração Pública**, mas, sim, à coletividade ou a determinados destinatários legalmente definidos.

A Lei n. 4.132/62, em seu art. 2º, considera de interesse social:

"I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

III – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

IV – a construção de casas populares;

V – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VI – a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais;

VII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas".

Por fim, cumpre destacar que a **Lei Complementar n. 76/93** estabelece **procedimento contraditório especial** de rito sumário para a desapropriação por interesse **social para fins de reforma agrária**.

13.11 OBJETO DA DESAPROPRIAÇÃO

Não há dúvida de que a desapropriação quase sempre é realizada sobre bens imóveis. Entretanto, a força expropriante do Estado pode recair sobre qualquer tipo de bem ou direito. É a conclusão que se extrai da norma contida no art. 2º do Decreto-Lei n. 3.365/41: "Mediante declaração de utilidade pública, **todos os bens poderão ser desapropriados** pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios".

Na longa lista dos bens e direitos suscetíveis à desapropriação, merecem destaque:

a) bens imóveis: são indiscutivelmente os que, com mais frequência, se sujeitam à força expropriante. Exemplo: desapropriação de uma casa para instalação de asilo municipal;

b) móveis: não tão comum quanto a desapropriação imobiliária, a expropriação de bens móveis tem como exemplo a desapropriação de um quadro famoso a ser exposto em museu público;

c) semoventes: pode ocorrer, por exemplo, quando uma prefeitura municipal desapropria um conhecido touro para apresentá-lo como atração principal de uma festa de rodeio;

d) posse: ocorre quando a força expropriante recai sobre bem que está na posse de um indivíduo, sendo que o proprietário é desconhecido;

e) usufruto: nada impede que a desapropriação incida somente sobre alguns aspectos do direito de propriedade, por exemplo, a expropriação apenas dos direitos de usar e fruir da coisa. Fala-se, então, em desapropriação do usufruto;

f) domínio útil: igualmente ao que ocorre com o usufruto, inexiste impedimento a que a desapropriação atinja somente o domínio útil, e não a propriedade como um todo;

g) subsolo: bastante incomum na prática, a desapropriação pode atingir somente o subsolo do imóvel, sem abranger a propriedade da superfície. Sua utilidade consistiria em permitir, por exemplo, a construção de túneis sem a necessidade de indenizar os proprietários dos imóveis acima localizados;

h) espaço aéreo: igualmente rara, a desapropriação do espaço aéreo localizado acima de um imóvel serve para restringir o direito de construir prédios acima de uma determinada altura. Com as modernas legislações de zoneamento, tornou-se desnecessária essa modalidade expropriatória. Entretanto, o art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41 prescreve: "A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo";

i) águas: as águas particulares, como no caso de pequenos córregos de curso restrito aos limites de uma única propriedade, podem ser desapropriadas pelo Poder Público, por exemplo, para garantir o abastecimento da população em períodos de estiagem;

j) ações de determinada empresa: a desapropriação de parcela, ou até da integralidade, do capital social **é uma forma de estatização** de empresas privadas, visando transformá-las em empresas públicas e sociedades de economia mista, ou, então, se a expropriação recair sobre parte minoritária do capital votante, a medida promoverá a participação forçada do Estado na formação da vontade diretiva da empresa;

k) bens públicos: o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41 autoriza, dentro de condições estudadas a seguir, a **desapropriação de bens** pertencentes ao domínio público;

A prova da OAB elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Os bens públicos não podem ser desapropriados".

l) cadáveres: bastante curiosa, a desapropriação dos despojos humanos é mencionada pela doutrina como uma forma de viabilizar estudos da anatomia humana em faculdades públicas de medicina.

13.12 EXCEÇÕES À FORÇA EXPROPRIANTE

Como regra, todos os bens e direitos, públicos ou privados, estão sujeitos ao procedimento expropriatório. Entretanto, a doutrina identifica algumas **exceções gerais** à força expropriante, tais como:

a) dinheiro: enquanto meio de troca, a moeda corrente no país não pode ser desapropriada na medida em que é o **instrumento de pagamento da indenização**. Nada impede, entretanto, que uma cédula rara, já sem função monetária, seja desapropriada;

b) direitos personalíssimos: os direitos e garantias fundamentais da pessoa reconhecidos pelo ordenamento jurídico, tais como o direito à vida, à liberdade e à honra, são insuscetíveis de desapropriação por constituírem ***res extra commercium***;

c) pessoas: as pessoas físicas ou jurídicas não podem ser desapropriadas porque são sujeitos de direitos, e não objeto de direitos;

d) órgãos humanos: os órgãos humanos são ***res extra commercium***, sendo insuscetíveis de desapropriação. Não há impedimento, entretanto, à desapropriação de órgãos e despojos humanos após o falecimento da pessoa;

e) bens móveis livremente encontrados no mercado: sob pena de violação do dever de licitar.[8]

Além das referidas exceções gerais, que excluem definitivamente da força expropriante certos bens ou direitos, há casos de **exceções específicas** que impedem que **determinada modalidade** expropriatória alcance alguns objetos, como:

a) desapropriação para reforma agrária (art. 184 da CF): essa espécie expropriatória não pode recair sobre **bens móveis, nem sobre imóveis urbanos**, nem sobre **imóveis rurais produtivos** (art. 185 da CF). É vedado também desapropriar, para fins de reforma agrária, **a pequena e média propriedade rural**, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra (art. 185, I, da CF);

b) desapropriação para política urbana (art. 182, § 4º, III, da CF): a desapropriação para política urbana, de competência do Município, não pode incidir sobre **bens móveis** nem sobre **imóveis rurais**;

A prova da Magistratura/PA considerou INCORRETA a assertiva: "É possível a desapropriação de bens públicos na direção vertical das entidades federativas. No entanto, com base no princípio federativo e no princípio da preponderância dos interesses, é possível Município desapropriar bem do Estado, se provado o interesse local".

c) desapropriação de bens públicos (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41): a desapropriação de bens públicos é permitida pela Lei Geral de Desapropriações (Decreto-Lei n. 3.365/41) quando realizada de cima para baixo, isto é, por entes federativos "superiores" sobre os "inferiores". Assim, é vedada tal desapropriação em relação a **bens pertencentes a entidades federativas superiores**. Exemplo: o Estado não pode desapropriar bens públicos federais, mas somente

[8] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 427.

municipais. Outra importante vedação está no art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei n. 3.365/41: "É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de **ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal** e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do **Presidente da República**".

A prova da OAB/RJ elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O Estado pode desapropriar bem do Município".

A prova da Magistratura/PA considerou INCORRETA a assertiva: "Conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, Estado e Município podem desapropriar bens de empresa pública federal, sem a necessidade de autorização do Presidente da República, pois se trata de entidade da Administração Indireta".

13.13 ESPÉCIES DE DESAPROPRIAÇÃO

A legislação brasileira contempla diversas modalidades de desapropriação, a seguir estudadas.

13.13.1 Desapropriação para reforma agrária (art. 184 da CF)

De **competência exclusiva da União**, a desapropriação para fins de reforma agrária tem **natureza sancionatória**, servindo de punição para o imóvel que desatender a função social da propriedade rural.

A prova da OAB/PR considerou INCORRETA a assertiva: "Compete à União e aos Estados desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro".

Nos termos do art. 2º, § 1º, do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), a propriedade rural desempenha integralmente a sua **função social** quando possui simultaneamente os seguintes **requisitos**:

1) favorece o **bem-estar** dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;

2) mantém **níveis satisfatórios de produtividade**;

3) assegura a conservação dos **recursos naturais**;

4) observa as disposições legais que regulam as **justas relações de trabalho** entre os que a possuem e a cultivem.

A prova do Ministério Público/PB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Não constitui requisito para a caracterização da função social da propriedade para fins rurais a preservação da flora e da fauna nativas".

Os mesmos requisitos para atendimento da função social foram reproduzidos, com pequena variação terminológica, no art. 186 da Constituição Federal: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A **indenização**, na desapropriação para fins de reforma agrária, deve ser prévia e justa, mas não é paga em dinheiro, e sim em **títulos da dívida agrária** (TDAs), com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis **no prazo de até vinte anos**, a partir do segundo ano de sua emissão.

A prova da OAB elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, serão indenizadas por título da dívida pública não apenas a terra nua, mas também as benfeitorias úteis e necessárias, sendo que as voluptuosas não serão indenizadas".

Entretanto, as **benfeitorias úteis e necessárias**, isto é, as construções no imóvel, serão indenizadas em dinheiro (art. 184, § 1º, da CF). Quanto às benfeitorias voluptuárias, seu valor deve integrar o TDA.

Bastante controvertida é a norma contida no § 5º do art. 184 da Constituição Federal, segundo a qual: "**são isentas** de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária". Porém, estando prevista no texto constitucional, a referida norma contempla **verdadeira imunidade tributária**, e não exatamente uma isenção, na medida em que esta última figura consiste em dispensa "legal" do pagamento de tributo.

> IMPORTANTE: Para diferenciar propriedade urbana e rural, o **Direito Administrativo** emprega o **critério da destinação predominante**. Por isso, mesmo localizado em área urbana, o imóvel pode ser desapropriado para reforma agrária se for utilizado para finalidade rural. Porém, o Direito Tributário utiliza outro critério para estabelecer a mesma distinção entre imóveis urbanos e rurais: o da localização (art. 32 do CTN). Assim, nada impede que o imóvel seja desapropriado para reforma agrária e sobre ele incida o IPTU.

Convém lembrar também que são **insuscetíveis à desapropriação** para reforma agrária (art. 185 da CF):

a) pequena e média propriedades, desde que o dono não possua outra;

b) propriedade produtiva, nos termos de atos normativos expedidos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, fixando índices mínimos de aproveitamento do imóvel.

A 21ª prova de Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "A pequena propriedade rural, assim definida como aquela de área compreendida entre 1 e 4 módulos fiscais, pode, atendidos os requisitos legais e constitucionais, ser expropriada para fins de reforma agrária".

A 23ª prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a assertiva: "Podem os Estados e Municípios desapropriar imóveis rurais para fins de utilidade pública, não, porém, para fins de reforma agrária, privativa da União".

A 21ª prova de Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "As terras rurais de domínio da União, dos Estados e dos Municípios devem ser destinadas, preferencialmente, à execução de planos de reforma agrária".

Nos termos do art. 4º da Lei n. 8.629/93, considera-se, para **fins de reforma agrária**: a) **pequena propriedade rural** o imóvel de área compreendida entre 1 e 4 módulos fiscais; b) **média propriedade rural** o imóvel de área superior a 4 quatro e até 15 quinze módulos fiscais. Acima de 15 módulos rurais, trata-se de grande propriedade.

Importantíssimo salientar que os **Estados, Distrito Federal e Municípios podem desapropriar imóveis rurais** com fundamento em necessidade pública ou utilidade pública. Somente a desapropriação por interesse social para fins de **reforma agrária** é exclusiva da União.

13.13.1.1 Procedimento da desapropriação rural

A **Lei Complementar n. 76/93** disciplina o **procedimento judicial**, de rito sumário e contraditório especial, aplicável à desapropriação rural.

O rito expropriatório inicia com a expedição do **decreto expropriatório**, de competência do Presidente da República, declarando de interesse social o imóvel, para fins de desapropriação.

Com a expedição do decreto, fica o expropriante legitimado a promover a **vistoria** e a **avaliação** do imóvel, inclusive com o auxílio de força policial, mediante prévia autorização do juiz. A partir do decreto, a União ou o Incra tem o prazo prescricional **de dois anos para propositura da ação de desapropriação**.

Nos termos do art. 5º da Lei Complementar n. 76/93, a **petição inicial** deverá conter a oferta do preço e será instruída com os seguintes documentos:

I – texto do decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no *Diário Oficial* da União;

II – certidões atualizadas de domínio e de ônus real do imóvel;

III – documento cadastral do imóvel;

IV – laudo de vistoria e avaliação administrativa, que conterá, necessariamente: a) descrição do imóvel, por meio de sua planta geral e a planta de situação, e memorial descritivo da área objeto da ação; b) relação das benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias, das culturas e pastos naturais e artificiais, da cobertura florestal, seja natural ou decorrente de florestamento ou reflorestamento, e dos semoventes; c) discriminadamente, os valores de avaliação da terra nua e das benfeitorias indenizáveis;

V – comprovante de lançamento dos Títulos da Dívida Agrária correspondente ao valor ofertado para pagamento de terra nua;

VI – comprovante de depósito em banco oficial, ou outro estabelecimento no caso de inexistência de agência na localidade, à disposição do juízo, correspondente ao valor ofertado para pagamento das benfeitorias úteis e necessárias.

Ao **despachar a petição inicial**, o juiz, de plano ou no prazo máximo de quarenta e oito horas, adotará as seguintes providências (art. 6º):

I – ordenará a **imissão provisória na posse** do imóvel;

II – determinará a **citação** do expropriando para contestar o pedido e indicar assistente técnico, se quiser;

III – expedirá mandado ordenando a **averbação do ajuizamento da ação no registro do imóvel** expropriando, para conhecimento de terceiros.

No curso da ação, nos dez primeiros dias após a citação, poderá ser designada **audiência de conciliação** com a finalidade de fixar o valor da justa e prévia indenização.

Dentro do prazo de quinze dias, o expropriado poderá apresentar **contestação** para discutir exclusivamente o **valor da indenização**, bem como **eventuais nulidades** no procedimento.

A legislação considera obrigatória, sob pena de nulidade, a intervenção do **Ministério Público Federal** como fiscal da lei (*custos legis*).

Havendo acordo sobre o valor da indenização, cabe ao juiz realizar a homologação por meio de sentença. Inexistindo acordo, o juiz prolatará a **sentença** fixando o valor da indenização, cabendo ao expropriante depositar a quantia adicional, nos termos do laudo pericial.

A pedido do expropriado, após o trânsito em julgado da sentença, será levantada a indenização ou o depósito judicial, deduzido o valor de tributos e multas incidentes sobre o imóvel, exigíveis até a data da imissão na posse pelo expropriante (art. 16 da LC n. 76/93).

13.13.2 Desapropriação para política urbana (art. 182, § 4º, III, da CF)

Prevista no art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal, a desapropriação por **interesse social** para política urbana é de **competência exclusiva dos municípios**, tendo função **sancionatória**, uma vez que recai sobre imóveis urbanos que **desatendem sua função social**.

De acordo com o § 2º do art. 182 da Constituição Federal, a propriedade urbana **cumpre sua função social** quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no **plano diretor**, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à **qualidade de vida**, à **justiça social** e ao **desenvolvimento das atividades econômicas**.

Assim, a função social do imóvel urbano está vinculada ao cumprimento do plano diretor, lei municipal **obrigatória**, nos termos do art. 41 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), **para cidades**:

I – com **mais de vinte mil habitantes**;

II – integrantes de **regiões metropolitanas** e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os **instrumentos de política urbana** previstos no Estatuto da Cidade;

IV – integrantes de áreas de especial **interesse turístico**;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com **significativo impacto ambiental** de âmbito regional ou nacional.

A prova da OAB/MS elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Há previsão, na CF, de a desapropriação de solo urbano vir a ser efetuada com pagamento mediante títulos da dívida pública".

A natureza **sancionatória** da desapropriação urbanística é revelada pelo fato de a **indenização** não ser em dinheiro, mas **em títulos da dívida pública**, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com **prazo de resgate de até dez anos**, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (art. 182 da CF). Os títulos da dívida pública não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

O art. 8º, § 2º, do Estatuto da Cidade prescreve que o **valor real da indenização**: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o imóvel se localiza; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Fundamental destacar que o Município somente poderá efetivar a desapropriação urbanística sancionatória **após três providências** sucessivas e infrutíferas na tentativa de forçar o uso adequado do imóvel:

1ª) exigência de promoção do adequado aproveitamento;

2ª) ordem de parcelamento, utilização ou edificação compulsória;

3ª) cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo durante **cinco anos**, observada a alíquota máxima de 15% (art. 7º, § 1º, do Estatuto da Cidade).

A prova da OAB/MS elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município pode promover desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro".

Importante relembrar que a exigência das providências acima referidas, bem como a efetivação da desapropriação urbanística, não podem ser promovidas em qualquer imóvel, mas somente **sobre aqueles inseridos em área definida em lei municipal específica e incluída no plano diretor**.

Desatendidas as condições acima mencionadas, a desapropriação para política urbana não pode ser validamente realizada.

Por fim, vale destacar que o art. 46 da Lei Complementar n. 101/2000 (**Lei de Responsabilidade Fiscal**) declara **nulo de pleno direito** ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização.

13.13.3 Desapropriação de bens públicos

O art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41 prevê expressamente a possibilidade de as **entidades federativas geograficamente maiores desapropriarem bens pertencentes às menores**: "Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder **autorização legislativa**".

A 178ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "Na desapropriação por necessidade ou utilidade pública, o Estado federado pode desapropriar bens dos Municípios incluídos dentro do seu território".

Trata-se de uma regra de constitucionalidade bastante duvidosa, havendo quem a considera incompatível com o princípio da igualdade das esferas federativas. Porém, a doutrina majoritária afirma que a desapropriação de bens públicos está baseada na noção de **interesse público predominante**, sendo uma providência indispensável, por exemplo, para realização, sem empecilhos políticos regionais, de rodovias federais que atravessam vários Estados.

Desse modo, a União pode desapropriar bens públicos estaduais, distritais e municipais; e o Estados, bens públicos municipais.

Mas nunca se admite desapropriação promovida pelas entidades menores sobre as maiores. Assim, **Estados não desapropriam bens federais**, bem como **Municípios e o Distrito Federal não podem desapropriar bens públicos** de nenhuma natureza.

Em síntese, a desapropriação de bens públicos pode ser feita "de cima para baixo", mas nunca "de baixo para cima".

Por fim, cumpre destacar que o art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei n. 3.365/41 estabelece que "é vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República".

13.13.4 Desapropriação indireta

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Desapropriação indireta é o esbulho praticado pelo Estado, sem justo título, para implantar no imóvel esbulhado um serviço público".

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Caracteriza-se como desapropriação indireta aquela que se efetiva sem a observância do procedimento legal específico".

Prática imoral e amplamente vedada pela legislação brasileira, a desapropriação indireta é o **esbulho possessório praticado pelo Estado**, quando invade área privada sem contraditório ou pagamento de **indenização**.

A desapropriação indireta, infelizmente ainda comum em nosso país, é uma espécie de **desapropriação de fato**, estando proibida, entre outros dispositivos, pelo art. 46 da Lei Complementar n. 101/2000.

Ao proprietário prejudicado pela medida resta a propositura de **ação judicial de indenização por desapropriação indireta**. A mesma providência judicial é cabível também na hipótese de **tombamento ambiental excessivamente restritivo** que termine por esvaziar o direito de propriedade do particular.

Predomina o entendimento de que o **prazo** para propositura da ação de indenização por desapropriação indireta é de **quinze anos**, mesmo prazo previsto para a ação de usucapião extraordinária. Entretanto, há quem sustente o prazo de cinco anos, com base na MP 2.183-56/2001.

13.13.5 Desapropriação por zona

A prova da Magistratura/PA considerou INCORRETA a assertiva: "Desapropriação por zona é aquela em que se desapropria toda uma região; por exemplo, um bairro, para que seja a área destinada a assentamento de pessoas carentes".

De acordo com o art. 4º do Decreto-Lei n. 3.365/41, a desapropriação poderá abranger a área contígua necessária para futuras ampliações da obra e as **zonas que se valorizarem extraordinariamente**, em consequência da realização do serviço.

Assim, desapropriação por zona é aquela que recai sobre **área maior do que a necessária**, a fim de absorver a futura valorização dos imóveis vizinhos em decorrência da obra realizada. O mesmo art. 4º da Lei Geral de Desapropriações menciona a possibilidade de serem expropriados imóveis contíguos necessários ao desenvolvimento da obra a que se destina. Entretanto, a doutrina não tem considerado tal hipótese como **desapropriação por zona**, na medida em que esta teria como objetivo somente a absorção da valorização na vizinhança, decorrente da obra.

A prova da OAB elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Na desapropriação por zona, devem ser incluídos os imóveis contíguos ao imóvel desapropriado, necessários ao desenvolvimento da obra a que se destina".

Para alguns autores (visão minoritária), o instituto da contribuição de melhoria, previsto no art. 145, III, da Constituição Federal, atingiria o mesmo objetivo da desapropriação por zona, mas de um modo menos gravoso para o particular, razão pela qual a figura da desapropriação por zona teria sido revogada pelo Texto Constitucional de 1988.

13.13.6 Desapropriação ordinária

É a **desapropriação comum** realizada por qualquer entidade federativa, com fundamento na necessidade pública ou utilidade pública. Suas normas gerais estão previstas no Decreto-Lei n. 3.365/41, e a **indenização é sempre prévia, justa e em dinheiro**.

13.13.7 Desapropriação confiscatória

O art. 243 da Constituição Federal determina que as glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de **plantas psicotrópicas** serão imediatamente expropriadas e especificamente **destinadas ao assentamento de colonos**, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, **sem qualquer indenização ao proprietário** e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

A prova da Magistratura/MG considerou INCORRETA a assertiva: "A desapropriação em nenhuma hipótese pode se dar sem justa indenização".

Embora o dispositivo constitucional afirme que as glebas "serão expropriadas", não se trata propriamente de uma **desapropriação**, mas de uma modalidade de **confisco** ou **perdimento de bens**, uma vez que inexiste pagamento de indenização.

A prova da OAB/MS elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Considerando o que estabelece o art. 243 da Constituição Federal: 'As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei', tem-se, aí, caso de perda de propriedade que se amolda ao conceito de desapropriação".

A desapropriação confiscatória tem seu procedimento judicial estabelecido pela **Lei n. 8.257/91**, que trata da incorporação do bem ao patrimônio público da União, devendo ser destacada a desnecessidade de expedição do decreto expropriatório.

13.14 FASES DA DESAPROPRIAÇÃO

O procedimento expropriatório divide-se em duas grandes etapas: fase declaratória e fase judicial.

A prova de Cartório/DF elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "A competência para declarar a utilidade pública ou o interesse social do bem que se pretende desapropriar, assim como a prática dos atos executórios necessários à transferência da propriedade, cabe aos delegatários do poder público".

1) Fase declaratória: é iniciada com a expedição do decreto expropriatório ou a publicação da lei expropriatória. Como regra, a desapropriação instaura-se com a expedição do **decreto expropriatório** pelo **Presidente da República, Governador, Interventor** ou **Prefeito** (art. 6º do Decreto-Lei n. 3.365/41). Entretanto, excepcionalmente o Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação por meio da promulgação de lei específica, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação.

O decreto expropriatório é ato privativo dos Chefes do Executivo tendo **natureza discricionária**.

A expedição do decreto produz os seguintes **efeitos**:

a) submete o bem a um regime jurídico especial;

b) declara a destinação pretendida para o objeto expropriado;

c) fixa o estado da coisa para fins de indenização, de modo que benfeitorias voluptuárias construídas após a data do decreto não serão incorporadas ao *quantum* da indenização. Já no caso de benfeitorias necessárias, seu custo deve ser incorporado à indenização, ao passo que as benfeitorias úteis, para incorporação ao preço, devem ser expressamente autorizadas pelo poder expropriante;

d) autoriza o direito de penetração, de modo que o Estado pode, mediante notificação prévia, ingressar no bem para fazer medições. É o que estabelece o art. 7º do Decreto-Lei n. 3.365/41: "Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial". Se houver **abuso ou excesso de poder** no exercício do direito de penetração, cabe **indenização** por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal cabível;

A **Súmula n. 23** do Supremo Tribunal Federal **permite a concessão de licença** para realização de obra no imóvel, mesmo após a expedição do decreto: "Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada".

A 23ª prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a assertiva: "A desapropriação por utilidade pública deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de dois anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará".

e) inicia o prazo de caducidade, que será de **cinco anos**, contados da expedição do decreto, para as desapropriações por necessidade

ou **utilidade pública**, e de **dois anos**, também contados da expedição do decreto, na **hipótese de interesse social**;

A prova da OAB/PR considerou CORRETA a assertiva: "A desapropriação por utilidade pública deverá ser efetivada mediante acordo ou ser intentada judicialmente dentro de 5 (cinco) anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e, findos os quais, este caducará".

f) preenchido o requisito legal de comprovada urgência, autoriza a imissão provisória na posse (art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/41);

g) determina a entidade federativa com precedência sobre o bem (art. 2º do Decreto-Lei n. 3.365/41).

Escoado o **prazo decadencial**, somente decorrido um ano poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração (art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/41).

Ainda quanto a prazos, o art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.365/41, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.183-56/2001, define o prazo de cinco anos para propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.

2) Fase executória: após manifestar o interesse no imóvel, por meio da expedição do decreto expropriatório, inicia-se a fase executória na qual o Poder Expropriante passa a tomar as medidas concretas para incorporação do bem no domínio público. É realizada uma **primeira oferta** pelo bem, que, uma vez **aceita** pelo particular expropriado, consuma a mudança de propriedade, denominando-se **desapropriação amigável**. Na hipótese de o expropriado não aceitar o valor oferecido, encerra-se a etapa administrativa da fase executória e terá início a **fase judicial**, com a propositura, pelo Poder Público, da **ação de desapropriação**.

Na ação de desapropriação, nos termos do art. 9º do Decreto-Lei n. 3.365/41, é vedado ao Poder Judiciário avaliar se estão presentes, ou não, as hipóteses de utilidade pública. A regra impede que o Poder Judiciário ingresse na análise do mérito do decreto expropriatório, isto é, no juízo de conveniência e oportunidade de realizar-se a desapropriação, sob pena de invadir a **independência do Poder Executivo**.

A prova da OAB/PR considerou INCORRETA a assertiva: "Nos processos judiciais referentes às desapropriações por utilidade pública, o expropriado poderá impugnar todo e qualquer aspecto do procedimento administrativo expropriatório, levando o Poder Judiciário a decidir, inclusive, se era o caso, ou não, da Administração Pública declarar aquele imóvel como sendo de utilidade pública".

Nesse sentido, a doutrina afirma que o expropriado, na contestação da ação de desapropriação, somente pode discutir **eventual ilegalidade**, como **desvio de finalidade**, por exemplo, e o **valor da indenização**.

A 176ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "O ato desapropriatório é realizado com base no interesse público. Após a publicação do decreto, surgem indícios de favorecimento, ocorrendo, assim, plausibilidade de ato danoso ao erário. Para desconstituir o ato, o vício a ser alegado é o do desvio de finalidade".

Entretanto, segundo Celso Antônio **Bandeira de Mello**, além desses dois temas, seria possível discutir também, na ação de desapropriação, o enquadramento da situação concreta nas hipóteses legais da modalidade expropriatória utilizada.[9]

---

[9] *Curso de direito administrativo*, p. 891.

13.15 AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO E IMISSÃO PROVISÓRIA

Não havendo acordo administrativo quanto ao valor da indenização ofertado pelo Expropriante, o impasse deve ser solucionado perante o Poder Judiciário. Para tanto, o Expropriante propõe a ação judicial de desapropriação.

A prova do Ministério Público/RR 2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Podem ser sujeitos ativos da desapropriação por utilidade pública a União, os estados, os municípios e o DF".

A 179ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "Os concessionários de serviços públicos poderão promover desapropriações mediante autorização expressa em lei".

O **polo ativo** da demanda será ocupado pela entidade pública que atuou como **Poder Expropriante**, podendo ser a União, Estado, Distrito Federal, Território, Município, autarquia, fundação pública, agência reguladora, associação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação governamental de direito privado. Admite-se também a propositura da ação de **desapropriação por concessionários** ou **permissionários**, desde que encarregados, pela lei ou por contrato, de promover a desapropriação.

O **polo passivo** da ação de desapropriação é ocupado pelo **proprietário expropriado**. Além disso, é obrigatória a intervenção do **Ministério Público** como fiscal da lei (*custos legis*) em qualquer ação de desapropriação.

A ação, quando a União for autora, será proposta no Distrito Federal ou no foro da Capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante o juízo privativo, se houver; sendo outro o autor, no foro da situação dos bens. Somente os juízes que tiverem garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos poderão conhecer dos processos de desapropriação (arts. 12 e 13 do Decreto-Lei n. 3.365/41). A desapropriação judicial observa o **rito ordinário**.

A **petição inicial** da ação de desapropriação, além dos requisitos previstos no art. 282 do Código de Processo Civil, deverá conter a oferta do preço e será instruída com um exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o **decreto de desapropriação**, ou cópia autenticada, e a **planta** ou **descrição dos bens** e **suas confrontações**. O pedido principal da ação é a efetivação da desapropriação, incorporando-se definitivamente o bem ao patrimônio público.

A citação será por edital se o citando não for conhecido, ou estiver em lugar ignorado, incerto ou inacessível, ou, ainda, no estrangeiro, ocorrendo a certificação por dois oficiais do juízo (art. 18 do Decreto-Lei n. 3.365/41). Nada impede, portanto, que a **ação de desapropriação** corra à revelia.

A prova de Analista Fiscal elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a assertiva: "Para propositura da ação judicial de desapropriação é essencial a identificação do proprietário do bem".

Na **contestação**, como visto, o expropriado somente poderá discutir **eventuais ilegalidades**, o **valor da indenização** e o **enquadramento da desapropriação** em uma das hipóteses legais. Qualquer outra questão deverá ser decidida em ação autônoma.

Se o expropriante alegar urgência e depositar a quantia arbitrada em conformidade com o Código de Processo Civil, o juiz decretará a **imissão provisória na posse**.

Portanto, os **requisitos** da imissão provisória são **alegação de urgência** e **depósito da quantia arbitrada**.

O art. 15, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41 define o valor do depósito necessário para a imissão provisória como:

a) do preço oferecido, se este for superior a vinte vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial (IPTU ou ITR);

b) da quantia correspondente a vinte vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;

d) não tendo havido a atualização a que se refere a hipótese anterior, o juiz fixará, independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.

A imissão provisória **não pode ser indeferida pelo juiz** se forem atendidos os requisitos legais. Trata-se, assim, de **direito subjetivo** do expropriante ao **ingresso antecipado** do Poder Público na **posse do bem**. Antecipado porque, como regra, a transferência da posse somente ocorre com o encerramento da ação de desapropriação.

A prova da Magistratura/MG considerou CORRETA a assertiva: "No procedimento de desapropriação por utilidade pública, cujo objeto é imóvel constituído por prédio urbano residencial, o Poder Público poderá alegar urgência para imitir-se provisoriamente na posse do bem, mediante o depósito do preço oferecido, se este não for impugnado pelo expropriado em 5 dias da intimação da oferta".

A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do **prazo improrrogável de cento e vinte dias**.

De acordo com o art. 15, § 4º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, com redação dada pela Lei n. 11.977/2009, a imissão provisória na posse **será registrada no registro de imóveis competente**.

Convém esclarecer que a imissão provisória pode ser requerida em qualquer modalidade expropriatória, isto é, nas desapropriações fundadas na necessidade pública, utilidade pública e interesse social.

Na **sentença** da ação expropriatória, o juiz, baseado em laudos periciais, fixa o valor da **justa indenização** que poderá ser levantada pelo expropriado, consumando a incorporação do bem ao patrimônio público. As dívidas fiscais serão deduzidas dos valores depositados, quando inscritas e ajuizadas (art. 32, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41).

Da sentença que fixar o preço da indenização caberá **apelação** com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado, e com ambos os efeitos, quando o for pelo expropriante (art. 28 do Decreto-Lei n. 3.365/41).

A sentença expropriatória produz **dois efeitos** principais: a) permite a **imissão definitiva** do Poder Expropriante na posse do bem; b) constitui título capaz de viabilizar o **registro da transferência** de propriedade no cartório competente.

13.16 RETROCESSÃO (ART. 519 DO CC)

Retrocessão é a **reversão do procedimento expropriatório** devolvendo-se o bem ao antigo dono, pelo preço atual, se não lhe for atribuída uma destinação pública.

No direito brasileiro atual, o instituto vem disciplinado no art. 519 do Código Civil, segundo o qual: "Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo **preço atual da coisa**".

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "O imóvel desapropriado por utilidade pública se não tiver o destino para o qual foi desapropriado deve ser oferecido ao expropriado, pelo preço atual".

Grande **controvérsia doutrinária** sempre cercou a discussão sobre a **natureza jurídica** da retrocessão: se um **direito real ou pessoal**.

Os defensores da natureza real sustentam que a retrocessão consistiria no direito de reivindicar o bem, direito este que se estenderia não só ao antigo proprietário mas também aos herdeiros, sucessores e cessionários.

Entretanto, **corrente majoritária** tem defendido tratar-se a retrocessão de **direito pessoal** de adquirir o bem, quando oferecido pelo Estado, se não receber uma destinação de interesse público. Porém, se o Estado não cumprir o dever de oferecer o bem ao antigo proprietário, o direito do expropriado **resolve-se em perdas e danos**, uma vez que, segundo **Hely Lopes** Meirelles, os bens incorporados ao patrimônio público não podem ser **objeto de reivindicação** (art. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/41).[10] É o mesmo ponto de vista sustentado por José dos Santos **Carvalho Filho**[11] e pela quase totalidade das provas e concursos públicos. O principal argumento favorável à tese da natureza pessoal é que **a legislação pátria trata expressamente da retrocessão como um simples direito pessoal de preferência** (arts. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/41 e 519 do CC).

A prova da AGU/2006 considerou CORRETA a afirmação: "O direito de o particular pleitear as consequências pelo fato de seu imóvel desapropriado não ter sido utilizado para os fins declarados na desapropriação pode ser resolvido em perdas e danos".

A prova de Analista Fiscal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação".

Sustentando corrente, hoje, minoritária, Celso Antônio **Bandeira de Mello**[12] e **Maria Sylvia** Zanella Di Pietro advogam a tese da **natureza real** da retrocessão,

---

10 *Direito administrativo brasileiro*, p. 592.

11 *Manual de direito administrativo*, p. 840.

12 *Curso de direito administrativo*, p. 895.

o que permitiria ao ex-proprietário reivindicar o próprio bem expropriado. De acordo com Maria Sylvia, o Código Civil não poderia infringir a norma constitucional que só permite a desapropriação por motivo de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social (art. 5º, XXIV, da CF), de modo que, se o bem não receber um fim público, desaparece a justificativa para alienação forçada.[13] Segundo Celso Antônio, a corrente que defende a natureza real é **majoritária nos tribunais superiores**.

A prova da AGU/2006 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Apesar da grande discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da retrocessão, os tribunais superiores brasileiros a têm considerado como um direito de natureza pessoal".

Importante destacar que o **art. 519 do Código Civil** afasta o direito de preempção se o bem receber alguma destinação pública, ainda que diversa da inicialmente prevista. É o que se denomina **tredestinação lícita**, isto é, uma mudança de finalidade admitida pelo ordenamento jurídico.

13.17 INDENIZAÇÃO

De acordo com o estabelecido no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, a indenização expropriatória deve ser prévia, justa e, como regra, em dinheiro.

Afirmar que a indenização é **prévia** significa que deve ser **paga antes da perda definitiva da propriedade**.

Justa quer dizer que o valor da indenização deverá **recompor integralmente a perda patrimonial** experimentada pelo expropriado, abrangendo, se for o caso, o valor do terreno, das benfeitorias, do ponto, da freguesia e de todos os demais valores materiais e imateriais afetados pela desapropriação, como lucros cessantes, danos emergentes, honorários advocatícios e despesas processuais.

E, em regra, a indenização deve ser paga **em dinheiro**, com exceção das desapropriações para reforma agrária e política urbana, cujo caráter sancionatório determina o pagamento da indenização em títulos da dívida. Igualmente, a desapropriação confiscatória constitui exceção a essa regra na medida em que não implica o pagamento de indenização.

Além de **correção monetária** contada a partir do laudo de avaliação do bem, incidem também sobre o valor da indenização **juros moratórios**, devidos em função do atraso no pagamento da indenização, e **juros compensatórios**, se houver imissão provisória, incidentes desde a data da perda antecipada da **posse**.

A 13ª prova da Magistratura Federal/3ª Região considerou INCORRETA a afirmação: "São devidos juros compensatórios, salvo na desapropriação destinada à instituição de servidão administrativa, contados, no caso da desapropriação direta, desde a imissão na posse, e na indireta, a partir da efetiva ocupação do bem".

Quanto aos percentuais aplicáveis, os **juros compensatórios** são devidos à razão de **12% ao ano**, nos termos da Súmula n. 618 do

[13] *Direito administrativo*, p. 187.

Supremo Tribunal Federal.[14] A Medida Provisória n. 1.577/97, atual Medida Provisória n. 2.183/2001, reduziu tal percentual a 6% ao ano, mas a eficácia no novo índice está suspensa pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.332-2. Os juros compensatórios devem incidir sobre a diferença entre o que foi determinado na sentença e o que foi levantado pelo expropriado ao tempo da imissão provisória na posse.

A respeito dos períodos de vigência desses diferentes percentuais, a Súmula n. 408 do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o seguinte entendimento: "Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/6/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001, e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal".

Já os **juros moratórios** são de **6% ao ano** contados a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito nos termos do art. 100 da Constituição Federal (art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.183-56/2001). Na prática, os juros moratórios passam a incidir em **1º de janeiro do segundo ano após a data de apresentação do precatório**. Isso porque, se o precatório foi apresentado, por exemplo, em **28 de abril de 2010**, o Poder Público teria, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, até o ano de 2011 para realizar o pagamento do precatório, de modo que os juros moratórios começariam a contar no primeiro dia do ano seguinte a 2011 (ano do pagamento), isto é, contariam **a partir de 1º de janeiro de 2012**.

13.18 DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é iniciada com a expedição do decreto expropriatório, que é um ato administrativo discricionário, não havendo impedimento a que ocorra a **revogação do decreto expropriatório**. O mesmo pode ocorrer na hipótese rara de desapropriação inaugurada por meio de lei, caso em que a lei expropriatória sempre será passível de revogação.

Nesses casos, tem-se a chamada **desistência da desapropriação**, medida possível na hipótese de tornarem-se insubsistentes os motivos que deram ensejo ao início do procedimento expropriatório.

A prova de Delegado de Polícia/PE considerou CORRETA a assertiva: "Cessados os motivos que ensejaram o processo expropriatório, é possível desistir da desapropriação, inclusive no curso da ação judicial, desde que não tenha se consumado o pagamento integral da indenização".

A Administração **só pode desistir da desapropriação até o momento de incorporação do bem ao patrimônio público**, isto é, até a data da tradição do bem móvel ou, no caso de bem imóvel, até o trânsito em julgado da sentença ou do título resultante do acordo.[15]

---

[14] Súmula n. 618 do STF: "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano".

[15] Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 593.

Havendo prejuízo decorrente da desistência, o expropriado terá **direito à indenização**.

13.19 DIREITO DE EXTENSÃO

Na hipótese de a desapropriação recair sobre uma parte do imóvel tornando inaproveitável o remanescente, tem o proprietário o direito de pleitear a inclusão da área restante no total da indenização. Desse modo, **a desapropriação parcial transforma-se em desapropriação da área total**.

O pedido de extensão deve ser formulado durante a fase administrativa ou judicial, não se admitindo sua formulação após a consumação da desapropriação.

13.20 QUESTÕES

1. (Ministério Público/AM – Cespe) Paulo ajuizou mandado de segurança em face do presidente da República em virtude de este, por meio da publicação de decreto, ter declarado a fazenda Roseirinhas de interesse social para fins de reforma agrária. Paulo é um dos herdeiros da fazenda Roseirinhas, juntamente com seus dois filhos. Cada um dos três detém parte ideal do imóvel, em virtude da herança deixada por Aline, esposa de Paulo e mãe de seus dois filhos. Paulo alega que cada uma das frações ideais que cada um dos herdeiros possui deve ser considerada como unidade autônoma, e que se isso fosse levado em conta, cada uma das propriedades seria considerada uma propriedade pequena e não uma grande propriedade improdutiva, descumpridora de sua função social. Paulo alegou ainda que nenhum dos herdeiros possui outra propriedade rural.
Considerando a situação hipotética descrita e que a partilha ainda não foi realizada nem de fato nem de direito, assinale a opção correta.

A) Paulo não pode, sozinho, ajuizar o mandado de segurança para tentar invalidar o decreto expropriatório, pois, como coerdeiro, ele deveria estar acompanhado de todos os demais para dar início ao litígio.
B) A titularidade do imóvel identifica-se com a sua integridade física. A existência de um condomínio entre os coerdeiros deve agir para que se tome a parte ideal como capaz de repercutir na propriedade imobiliária, gerando a divisão da propriedade comum como se três unidades autônomas houvesse.
C) A existência de condomínio sobre o imóvel rural não impede a desapropriação-sanção prevista na CF, cujo alvo é o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.
D) A inexistência da partilha, seja de fato, seja de direito, não repercute negativamente no direito dos herdeiros, pois o que deve ser levado em consideração é o elemento volitivo presente, ou seja, a deliberada vontade dos herdeiros de realizar uma divisão do imóvel em partes ideais.
E) Não é possível decretar-se a desapropriação-sanção, mesmo que se trate de pequena ou de média propriedade rural, se resultar comprovado que o proprietário afetado pelo ato presidencial possui outra propriedade imobiliária rural.

2. (Advogado da Petrobras – 2008 – Cesgranrio) Acerca do procedimento de desapropriação por utilidade pública, regulado no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal e no Decreto-Lei n. 3.365/41, é correto afirmar que:

A) a desapropriação de qualquer bem dependerá de declaração de utilidade pública por parte da autoridade competente, cuja expedição requer prévia autorização legislativa;

B) a desapropriação apenas pode ser efetuada através de processo judicial;
C) é vedado ao juiz imitir provisoriamente o expropriante na posse do bem antes do trânsito em julgado da ação de desapropriação;
D) podem ser desapropriados bens imóveis destinados à exploração dos serviços públicos prestados por concessionários privados;
E) corresponde a procedimento de competência exclusiva da União Federal.

3. (Procuradoria da Fazenda Nacional – 2006 – Esaf) Determinado Município pretende desapropriar direitos representativos do capital de instituição cujo funcionamento depende de autorização do Governo Federal, e que se submete à fiscalização deste. Tal pretensão
A) não poderá se concretizar, pois direitos representativos de capital de uma determinada instituição não podem ser objeto de desapropriação.
B) não encontra amparo no Direito Brasileiro, pois os Municípios só têm competência para desapropriar áreas urbanas.
C) não poderá se concretizar, pois somente a União poderia realizar a referida desapropriação.
D) somente poderá se concretizar se houver prévia autorização do Presidente da República, por meio de Decreto.
E) poderá se concretizar, desde que a instituição tenha funcionamento exclusivamente no próprio Município, e independentemente de prévia autorização de membros de outro ente da Federação, sob pena de violação do pacto federativo.

4. (Magistratura/AL – 2008 – Cespe) Acerca da desapropriação, assinale a opção correta.
A) Desapropriação de um bem destina-se, em todos os casos, a retirá-lo da esfera particular e incluí-lo no patrimônio do Estado.
B) O Estado pode desapropriar as zonas que se valorizem extraordinariamente em consequência de obra ou serviço público feitos na área.
C) O procedimento da desapropriação envolve duas fases: a executória, realizada pelo Poder Executivo, e a judicial, realizada pelo Poder Judiciário.
D) Tresdestinação é a obrigação que tem o expropriante de oferecer ao expropriado o bem, sempre que a este for dada destinação diversa da indicada no ato expropriatório.
E) A desapropriação para fins de reforma agrária deve ser feita mediante pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro.

5. (OAB/SP) Um Estado-membro propôs ação de desapropriação por utilidade pública, declarando urgência e requerendo imissão provisória na posse de um imóvel em que ocorre um empreendimento imobiliário (loteamento), constituído dentro dos parâmetros legais e devidamente aprovado, há vários anos, pela Administração Pública Municipal. O desapropriado:
A) pode pleitear a anulação do decreto expropriatório, uma vez que a obra fora aprovada pelo órgão municipal com competência para autorizar o empreendimento em questão;
B) não tem direito à indenização, porque a atuação do Estado prepondera sobre a do Município;
C) tem direito à justa e prévia indenização;
D) não tem direito à indenização porque o interesse coletivo prevalece sobre o interesse individual.

6. (Magistratura Federal – 4ª Região – 13ª) Considere o enunciado seguinte. Decreto considerando de utilidade pública determinada área para efeito de reforma agrária foi publicado. Enquanto tramitava o processo judicial expropriatório, a empresa proprietária do terreno

entabulou negociações com empresa imobiliária, objetivando loteamento, desde já construindo ruas internas e ajardinamento.

Dadas as assertivas abaixo, assinalar a alternativa correta.

I. A declaração de utilidade pública que antecede a desapropriação guarda por si mesma o condão de transferir a propriedade do futuro expropriado ao Estado, em razão do que se deve inibir a realização das benfeitorias.

II. O licenciamento para realização de obras na área expropriada não pode ser negado; todavia, a Administração não será obrigada a indenizá-las quando efetivada a desapropriação.

III. A declaração de utilidade pública não pode perdurar indefinidamente, havendo prazo de caducidade a ser respeitado, mesmo que subsista o interesse público na expropriação do bem.

IV. Caso seja alienado o imóvel à incorporadora imobiliária antes de concluído o processo expropriatório, tal ato jurídico padecerá de vício insanável, não guardando sequer existência no universo jurídico.

A) Estão corretas apenas as assertivas I e III.
B) Estão corretas apenas as assertivas II e III.
C) Estão corretas apenas as assertivas II e IV.
D) Estão corretas apenas as assertivas I, III e IV.

7. (OAB/MG) O réu, na contestação na desapropriação indireta:

A) pode alegar qualquer matéria de defesa, de mérito ou processual;
B) só pode alegar matéria processual;
C) só pode alegar matéria de mérito;
D) só pode versar sobre vício no processo judicial ou sobre o preço do bem.

8. (Procuradoria da Fazenda Nacional – 2006 – Esaf) A desapropriação que ocorre em uma área maior que a necessária à realização de uma obra, com vistas a que seja reservada para posterior desenvolvimento da própria obra, é hipótese de

A) desapropriação indireta, por já ter o Supremo Tribunal Federal pacificado o entendimento de ser inconstitucional a perda de propriedade por alguém para que o bem fique, simplesmente, reservado para utilização futura.
B) desapropriação indireta, vez que a desapropriação em área maior do que a inicialmente necessária somente seria juridicamente viável para assentamentos rurais, em atividades concernentes à Reforma Agrária.
C) direito de extensão, reconhecido ao poder público quando razões de utilidade pública ou interesse social justifiquem a medida.
D) desapropriação por zona, expressamente prevista em legislação que disciplina a desapropriação por utilidade pública.
E) desapropriação por interesse social, tendo em vista que a destinação do bem se dará no interesse da coletividade.

9. (OAB/GO) Consideram-se casos de utilidade pública, conforme disposto no Decreto-Lei n. 3.365/1941:

A) o socorro público em caso de calamidade e a construção de casas populares;
B) a salubridade pública, a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais;

C) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência e o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
D) a exploração ou a conservação dos serviços públicos e a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

10. (Magistratura de São Paulo – 178º) O expropriado pode, na contestação:
A) arguir a nulidade do ato expropriatório;
B) alegar a inadequação do bem à utilidade pública, consignada no decreto expropriatório;
C) deduzir conjuntamente oposição;
D) apontar vícios processuais.

11. (Ministério Público Militar) Entre as quatro opções abaixo, pode-se afirmar que está absolutamente correta a seguinte afirmação:
A) O poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e de interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição, observado unicamente o interesse público.
B) O poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e de interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal.
C) O poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e de interesse social, só é legitimamente exercitável nos casos em que haja, unicamente, interesse da administração, sem qualquer condição.
D) O poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e de interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, desde que, obrigatoriamente, haja interferência do Poder Judiciário.

12. (OAB/GO) Acerca do processo judicial de desapropriação, por utilidade pública, previsto no Decreto-Lei n. 3.365/1941, assinale a alternativa correta:
A) ao Poder Judiciário é permitido, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública;
B) desapropriação por utilidade pública deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de dois anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e, findos os quais, este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração;
C) extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público;
D) a transmissão da propriedade, decorrente de desapropriação amigável ou judicial, ficará sujeita ao imposto de lucro imobiliário.

13. (Magistratura/SP – 177º) A ocupação ilícita de um imóvel particular pelo Poder Público, que nele dá início à construção de uma praça pública, enseja ao proprietário, que pretende a reparação de seu direito lesado, o uso da ação de:
A) reintegração de posse;
B) retrocessão;
C) desapropriação;
D) desapropriação indireta.

14. (Ministério Público Militar – 10º) Ao direito que tem o expropriado de reaver os bens não utilizados no interesse, necessidade ou utilidade públicos por que foram desapropriados, denomina-se:

A) retrocessão;
B) destinação imprópria;
C) retrovenda;
D) extensão.

15. (Advocacia da União – 2006) Retrocessão é retrocesso, retrocedimento, recuo, regredimento. Exprime a ação de voltar para trás, de retroagir, de regressar ou retroceder. É também denominada reversão ou reaquisição. Tecnicamente, significa o ato pelo qual aquele que adquire determinado bem o transfere para a pessoa de quem o adquirira. No mundo jurídico é, portanto, a devolução do domínio expropriado, para que se integre ou regresse ao patrimônio daquele de quem foi tirado, pelo mesmo preço da desapropriação. (Mariana Caribe Almeida. *Natureza jurídica da retrocessão*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_165.html>) (com adaptações).

Acerca da retrocessão, julgue os itens subsequentes.

( ) Apesar da grande discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da retrocessão, os tribunais superiores brasileiros a têm considerado como um direito de natureza pessoal.
( ) O direito de o particular pleitear as consequências pelo fato de seu imóvel desapropriado não ter sido utilizado para os fins declarados na desapropriação pode ser resolvido em perdas e danos.

16. (OAB/RJ) Sobre intervenção do Estado na propriedade, assinale a correta:

I. A alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

II. Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público, ou que exerçam funções delegadas do poder público, poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

III. No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

IV. No processo judicial de desapropriação, a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

A) somente uma assertiva está correta;
B) duas assertivas estão corretas;
C) três assertivas estão corretas;
D) todas as assertivas estão corretas.

17. (Magistratura/GO – 53º) A ampliação da desapropriação de um bem particular às áreas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização de obra ou de serviço público na área primitivamente desapropriada, caracteriza:

A) desapropriação indireta;
B) expansão obrigatória;
C) desapropriação por zona;
D) desapropriação paralela.

18. (Magistratura/SP – 180º) Compete à União expropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão. É a desapropriação-sanção, prevista para atender à reforma agrária, desde que a propriedade rural esteja a desatender, simultaneamente, aos requisitos que seguem:

A) aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, observância da legislação trabalhista e do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.
B) aproveitamento adequado de pelo menos 50% da área, preservação do meio ambiente, observância da legislação trabalhista e tutela da dignidade humana dos trabalhadores.
C) aproveitamento racional da terra, utilização sustentável dos recursos naturais, observância da legislação trabalhista, da saúde e da educação dos trabalhadores rurais.
D) preservação do meio ambiente mediante a proteção da reserva florestal, observância da legislação trabalhista sem registro de reclamações e garantia de moradia e transporte para os trabalhadores rurais.

19. (OAB/GO) Nos termos do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, assinale a alternativa correta:

A) os concessionários de serviços públicos poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante em lei ou contrato;
B) o Poder Legislativo não poderá tomar a iniciativa da desapropriação;
C) a desapropriação por utilidade pública deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de dois anos, contados da data da expedição do respectivo decreto;
D) no valor da indenização, que será contemporânea à da avaliação, deverão ser incluídos os direitos de terceiros contra o expropriado.

20. (Procuradoria da Fazenda Nacional – Esaf) A desapropriação que ocorre em uma área maior que a necessária à realização de uma obra, com vistas a que seja reservada para posterior desenvolvimento da própria obra, é hipótese de:

A) desapropriação indireta, por já ter o Supremo Tribunal Federal pacificado o entendimento de ser inconstitucional a perda de propriedade por alguém para que o bem fique, simplesmente, reservado para utilização futura;
B) desapropriação indireta, vez que a desapropriação em área maior do que a inicialmente necessária somente seria juridicamente viável para assentamentos rurais, em atividades concernentes à Reforma Agrária;
C) direito de extensão, reconhecido ao poder público quando razões de utilidade pública ou interesse social justifiquem a medida;
D) desapropriação por zona, expressamente prevista em legislação que disciplina a desapropriação por utilidade pública;
E) desapropriação por interesse social, tendo em vista que a destinação do bem se dará no interesse da coletividade.

21. (Magistratura/RR – 2008 – FCC) "Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na

posse, vedado o cálculo de juros compostos." Esse artigo do Decreto-Lei n. 3.365/41 foi introduzido pela Medida Provisória n. 2.183-56/2001. Todavia, por decisão liminar, em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal:

A) suspendeu a eficácia de todo o dispositivo;
B) deu ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, para afirmar a impossibilidade de cumulação de juros moratórios e compensatórios;
C) deu ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, para afirmar o não cabimento de imissão provisória na posse no caso de desapropriação por utilidade pública;
D) suspendeu a eficácia da expressão "vedado o cálculo de juros compostos";
E) suspendeu a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano" e deu ao final desse dispositivo interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios seja a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.

22. (Procurador Federal – 2007 – Cespe) A Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF) editou norma determinando que qualquer desapropriação a ser realizada no território do DF deveria passar antes pelo crivo do Poder Legislativo local. A União, na vigência dessa lei, ignorou a norma, de modo que o INCRA deu início aos procedimentos para a realização de uma desapropriação para fins de reforma agrária, sem prévia consulta à CLDF. Durante a vistoria, o INCRA observou discrepância entre a metragem real do imóvel e aquela prevista em sua escritura. No decreto desapropriatório que se sucedeu, foi mencionada a metragem constante da escritura e não a metragem real do imóvel. No momento do pagamento da indenização, as benfeitorias úteis e necessárias foram pagas diretamente, sem utilização de precatórios.

Com relação à situação hipotética acima, julgue os itens a seguir.

( ) Na vistoria e no decreto desapropriatório, deve-se considerar a área constante da escritura do imóvel, sob pena de restar prejudicada a validade desse decreto.
( ) Foi correta a forma de pagamento realizada, pois as benfeitorias úteis e necessárias podem ser pagas sem a utilização da regra do pagamento por meio de precatório.
( ) É inconstitucional, por invadir a competência legislativa da União e violar o princípio da separação dos poderes, norma distrital que submeta as desapropriações, no âmbito do DF, à aprovação prévia da CLDF.

14

ESTATUTO DA CIDADE

14.1 INTRODUÇÃO

O art. 182 da Constituição Federal estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o **bem-estar de seus habitantes**.

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, bem como da cidade".

Em 10 de julho de 2001, foi promulgada a Lei n. 10.257, com a finalidade de fixar as diretrizes gerais da política urbana. A referida lei instituiu o Estatuto da Cidade.

14.2 NATUREZA JURÍDICA DO ESTATUTO DA CIDADE

A Lei n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, estabelece **normas de ordem pública** e **interesse social** que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

O Estatuto da Cidade é a **lei geral sobre Direito Urbanístico** no Brasil, um novo ramo do Direito Público nascido como uma especialização do Direito Administrativo e que tem por objeto os princípios e normas de proteção ao bem-estar das cidades.

O conceito de **"cidade"** é utilizado pelo Estatuto como sinônimo de município, mas tecnicamente seria mais correto tratar a cidade como somente a **zona urbana do município**.

Nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal, a competência para legislar sobre Direito Urbanístico é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal. O Estatuto da Cidade, como visto, estabeleceu **normas gerais sobre Direito Urbanístico**, não excluindo a competência das demais entidades federativas para expedição de normas específicas sobre a matéria.

Sendo aplicável simultaneamente a todos os âmbitos federativos, o Estatuto da Cidade tem **natureza jurídica de lei nacional,** e não simplesmente de lei federal.

Lei nacional é aquela válida ao mesmo tempo para todas as esferas federativas, ao passo que a lei federal se aplica somente ao âmbito da União.

14.3 DIRETRIZES GERAIS DA POLÍTICA URBANA

A política urbana tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, sendo as seguintes suas diretrizes gerais (art. 2º do Estatuto):

"I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a **poluição** e a degradação ambiental;

A prova da Cehap/PB 2009 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "De acordo com o Estatuto da Cidade, as diretrizes de ordenação e controle do uso do solo visam evitar a poluição urbana".

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social".

Em síntese, o Estatuto da Cidade tem por objetivo central compatibilizar o direito de propriedade com a **função socioambiental do imóvel urbano**.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "São conceitos à primeira vista contrastantes, dentro do Direito Urbanístico, mas que, em equilíbrio, devem coexistir a função socioambiental da propriedade e direito de propriedade individual".

14.4 INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA

A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as diretrizes gerais a seguir mencionadas.

A parte mais importante do Estatuto da Cidade é a definição e disciplina dos instrumentos da política urbana. A lei divide tais instrumentos em: a) instrumentos gerais; b) institutos tributários e financeiros; c) institutos jurídicos e políticos.

Os **instrumentos gerais** da política urbana são (art. 4º, I a III, do Estatuto):

1) planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

2) planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

3) planejamento municipal, em especial:
a) plano diretor;
b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
c) zoneamento ambiental;
d) plano plurianual;
e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
f) gestão orçamentária participativa;
g) planos, programas e projetos setoriais;
h) planos de desenvolvimento econômico e social.

Já os **institutos tributários e financeiros** da política urbana são (art. 4º, IV):
1) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU;
2) contribuição de melhoria;
3) incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

Quanto aos **institutos jurídicos e políticos**, o Estatuto prevê (art. 4º, V):
1) desapropriação;
2) servidão administrativa;
3) limitações administrativas;
4) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
5) instituição de unidades de conservação;
6) instituição de zonas especiais de interesse social;
7) concessão de direito real de uso;
8) concessão de uso especial para fins de moradia;
9) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
10) usucapião especial de imóvel urbano;
11) direito de superfície;
12) direito de preempção;
13) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
14) transferência do direito de construir;
15) operações urbanas consorciadas;
16) regularização fundiária;
17) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
18) referendo popular e plebiscito;
19) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
20) legitimação de posse.

Entre todos os institutos e instrumentos da política urbana previstos no Estatuto da Cidade, alguns deles receberam um tratamento normativo especial, tendo maior interesse para provas e concursos públicos.

Convém analisar separadamente os referidos instrumentos.

14.4.1 Parcelamento, edificação ou utilização compulsória

O imóvel urbano cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no plano diretor (art. 182, § 2º, da CF).

Assim, há casos em que o uso da propriedade urbana desatende à sua função social, ensejando providências por parte do Poder Público municipal no sentido de forçar a readequação da forma de utilização do bem aos interesses da coletividade.

Se o aproveitamento do imóvel for inferior ao mínimo definido no plano diretor ou na legislação dele decorrente, o Município poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

Essa exigência de parcelamento, edificação ou utilização compulsória somente poderá ser realizada nos termos de lei municipal específica para áreas incluídas no plano diretor.

Nos termos do art. 5º, § 2º, do Estatuto da Cidade, o proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da ordem de parcelamento, edificação ou utilização, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

Somente se for descumprida a determinação de parcelamento, edificação ou utilização compulsória, o Município poderá iniciar a cobrança de IPTU progressivo no tempo.

14.4.2 IPTU progressivo no tempo

A cobrança de IPTU progressivo no tempo é a segunda medida adotada pelo Município com o objetivo de forçar o uso adequado do solo urbano.

Fracassada a ordem de parcelamento, edificação ou utilização compulsória, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota **pelo prazo máximo de cinco anos** consecutivos.

O valor da alíquota fixada em cada ano não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a **alíquota máxima de 15%**.

14.4.3 Desapropriação urbanística

Finalmente, sendo insuficientes as providências anteriores, o Município poderá adotar a mais radical medida contra quem descumpre a função social do solo urbano, a saber, promover a **desapropriação sancionatória** do bem imóvel.

Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o **Município poderá proceder à desapropriação do imóvel**, com pagamento em **títulos da dívida pública**.

O caráter punitivo dessa modalidade expropriatória é revelado pelo fato de a indenização não ser paga em dinheiro, mas em títulos da dívida pública, de prévia

aprovação pelo Senado Federal, a serem resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de 6% ao ano.

O valor real da indenização em títulos refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, não podendo comportar expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

14.4.4 Usucapião especial de imóvel urbano

Segundo o disposto no art. 9º do Estatuto da Cidade, aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O direito à usucapião especial de imóvel urbano não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Enquanto estiver tramitando ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo".

Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao **imóvel usucapiendo**.

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Dispõe expressamente o Estatuto da Cidade que a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis".

A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no **cartório de registro de imóveis** (art. 13 do Estatuto).

14.4.5 Direito de superfície

O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis, abrangendo o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno.

A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa (art. 21 do Estatuto da Cidade).

Extingue-se o direito de superfície: a) pelo advento do termo; b) pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Bastante polêmica é previsão contida no art. 21, § 4º, do Estatuto, segundo o qual o **superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos** que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

O problema é que **tal responsabilização do superficiário** pelo pagamento de tributos relativos à propriedade, eximindo o dono do imóvel do dever de recolher os impostos, **contraria o art. 34 do Código Tributário Nacional**, que define como contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor.

Entretanto, como o Código Tributário Nacional é materialmente uma lei complementar, ao passo que o Estatuto da Cidade tem natureza de lei ordinária, deve-se concluir pela aplicabilidade do art. 34 do Código, respondendo diretamente o proprietário perante o Fisco, e não o superficiário.

14.4.6 Direito de preempção

Em áreas delimitadas nos termos de lei municipal, baseada no plano diretor, o Poder Público municipal tem preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. A esse direito de preferência dá-se o nome de preempção.

O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas com a finalidade de:

a) regularização fundiária;

b) execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

c) constituição de reserva fundiária;

d) ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

e) implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

f) criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

g) criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

h) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

14.4.7 Outorga onerosa do direito de construir

Também denominada **solo criado**, a outorga onerosa do direito de construir permite que o município "venda" a particulares o **direito de construir acima dos limites máximos** admitidos pela legislação municipal, mediante contrapartida a ser prestada pelo **beneficiário**.

Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando: a) a fórmula de cálculo para a cobrança; b) os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga; c) a contrapartida do beneficiário.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Como Instrumento de Política Urbana, estabelecidos no Estatuto da Cidade, foram definidos o IPTU progressivo, o Solo Criado e o Estudo de Impacto de Vizinhança".

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Pode um município dar licença para um proprietário de imóvel construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, definido pelo Plano Diretor, desde que se enquadre na hipótese legal de outorga onerosa do direito de construir".

14.4.8 Operações urbanas consorciadas

Operações urbanas consorciadas são um **conjunto de intervenções e medidas** coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma **área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental** (art. 32 do Estatuto).

Entre outras medidas, poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas: 1) a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente; 2) a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

A operação urbana consorciada deve ser aprovada por meio de **lei específica municipal**, contendo o plano de operação urbana, observados os seguintes requisitos mínimos:

I – definição da área a ser atingida;

II – programa básico de ocupação da área;

III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;

IV – finalidades da operação;

V – estudo prévio de impacto de vizinhança;

VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos na lei;

VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

14.4.9 Transferência do direito de construir

Com base em lei municipal específica, poderá o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, autorizado a **exercer em outro local**, ou alienar, mediante escritura pública, **o direito de construir** previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: a) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; b) preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; c) servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social (art. 35 da Lei n. 10.257/2001).

14.4.10 Estudo de impacto de vizinhança

A elaboração de Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV é uma exigência, baseada em lei municipal, definida como condição prévia para obtenção de licenças e autorizações de empreendimentos e atividades, públicos ou privados, com potencial para afetar o bem-estar da cidade (art. 36 do Estatuto).

O EIV deverá contemplar os efeitos positivos e negativos quanto à qualidade de vida da população, sendo obrigatória análise das seguintes questões:

a) adensamento populacional;

b) equipamentos urbanos e comunitários;

c) uso e ocupação do solo;

d) valorização imobiliária;

e) geração de tráfego e demanda por transporte público;

f) ventilação e iluminação;

g) paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

14.4.11 Plano diretor

O plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, é uma **lei municipal** que estabelece as **regras básicas sobre uso e ocupação do solo urbano**, visando a proteção da qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas (art. 39 do Estatuto).

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A lei que instituir o plano diretor deverá ser revisada, pelo menos, a cada dez anos, conforme disposto na Lei n. 10.257/2001".

A aprovação de um plano é obrigatória somente para as cidades:

a) com mais de vinte mil habitantes;

b) integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

c) onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos de política urbana;

d) integrantes de áreas de especial interesse turístico;

e) inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou **nacional**.

A prova de Procurador do Distrito Federal elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "De acordo com a Lei n. 10.257/2001, o plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, sendo obrigatório para todas as cidades".

14.5 GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE

Por fim, os arts. 43 a 45 do Estatuto da Cidade enumeram alguns instrumentos para implementar a gestão democrática da cidade, tais como:

a) órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

b) debates, audiências e consultas públicas;

c) conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

d) iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

14.6 QUESTÕES

1. (OAB/SP) No Estatuto da Cidade, figura como instrumento de política urbana, consagrador do instituto do solo criado:

A) a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo;
B) a desapropriação para fins de expansão urbana;
C) a recuperação do meio ambiente natural e construído;
D) a outorga onerosa do direito de construir.

2. (Cehap/PB 2009 – Cespe) Os objetivos do Estatuto da Cidade visam promover a:

I. reforma urbana;
II. especulação imobiliária;
III. ordenação do uso e ocupação do solo urbano;
IV. gestão democrática da cidade;
V. instalação de equipamentos de controle de tráfego;
VI. diminuição da densidade urbana.

Com base nas diretrizes de política urbana do Estatuto da Cidade, estão certos apenas os itens:

A) I, II e III.
B) I, II e III.
C) I, III e IV.
D) II, III e IV.
E) II, IV e V.

3. (OAB/RJ) Assinale a afirmativa correta:

A) decorridos 5 (cinco) anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública;
B) a desapropriação por utilidade pública ocorre quando a propriedade não cumpre a função social e há a necessidade de promover a reforma agrária;
C) no processo judicial, o juiz poderá decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública;
D) no caso de imissão provisória na posse, na desapropriação não incidirão juros compensatórios.

4. (OAB/SP) É modalidade de desapropriação em que a indenização não necessita ser paga em dinheiro e a competência para declará-la é apenas do Município, a desapropriação:

A) por utilidade pública;
B) por interesse social;
C) por necessidade pública;
D) urbanística sancionatória.

15
SERVIÇOS PÚBLICOS

15.1 SERVIÇOS PÚBLICOS E DOMÍNIO ECONÔMICO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma divisão clara entre dois setores de atuação: o domínio econômico (arts. 170 a 174) e o serviço público (arts. 175 e 176).

O **domínio econômico** ou ordem econômica é o campo de atuação **próprio dos particulares**, tendo como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa.

São **princípios** da ordem econômica (art. 170):

a) soberania nacional;

b) propriedade privada;

c) função social da propriedade;

d) livre concorrência;

e) defesa do consumidor;

f) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

g) redução das desigualdades regionais e sociais;

h) busca do pleno emprego;

i) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O **Estado** atua no domínio econômico como **agente normativo** e **regulador**. A **exploração direta** de atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos na Constituição Federal, só será permitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional** ou à **relevante interesse coletivo** (art. 173). Nessas hipóteses, a atuação estatal na exploração direta de atividade econômica ocorrerá por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Já o campo dos **serviços públicos** é **próprio do Estado**, somente se admitindo prestação de serviços públicos por particulares quando houver expressa

A prova da OAB/RS considerou CORRETA a afirmação: "A prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público, na forma da lei, e ocorre diretamente ou sob regime de concessão ou permissão".

delegação estatal, como ocorre nas **concessões e permissões**.

15.2 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Os doutrinadores pátrios apresentam diferentes conceitos de serviço público, cada um enfatizando elementos conceituais distintos.

José dos Santos Carvalho Filho: "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de **necessidades essenciais e secundárias** da coletividade".[1]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "toda **atividade material** que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público".[2]

Hely Lopes Meirelles: "serviço público é todo aquele **prestado pela Administração** ou **por seus delegados**, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades sociais essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado".[3]

Celso Antônio Bandeira de Mello: "serviço público é toda atividade de **oferecimento de utilidade e comodidade material** destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, **sob regime de Direito Público** – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo".[4]

Na análise dos conceitos acima indicados, é possível identificar alguns elementos comuns capazes de apontar as **características fundamentais** do serviço público:

1) é uma atividade material: significa que o serviço público é uma **tarefa exercida no plano concreto** pelo Estado, e não simplesmente uma atividade normativa ou intelectual;

2) de natureza ampliativa: ao contrário do poder de polícia, o serviço público não representa limitação ou restrição imposta ao particular. Pelo contrário. O serviço público é uma atuação **ampliativa da esfera de interesses do particular**, consistindo no oferecimento de vantagens e comodidades aos usuários. O serviço público é sempre uma prestação em favor do particular, e não contra o particular;

---

1 *Manual de direito administrativo*, p. 309.
2 *Direito administrativo*, p. 97.
3 *Direito administrativo brasileiro*, p. 316.
4 *Curso de direito administrativo*, p. 671.

3) prestada diretamente pelo Estado ou por seus delegados: o serviço público, como regra, é prestado diretamente pelo Estado. Porém, por **opção do legislador**, a prestação poderá ser delegada a particulares, por meio de concessão ou permissão, caso em que os particulares assumem a prestação, responsabilizando-se direta e objetivamente pelos eventuais danos causados aos usuários;

4) sob regime de direito público: os serviços públicos têm toda a sua disciplina normativa baseada nos princípios e regras do Direito Administrativo. Entretanto, é possível notar, pelos conceitos acima apresentados, que **alguns autores** falam em **regime parcialmente público**, admitindo a incidência de algumas regras de direito privado, tais como as **normas de defesa do consumidor**. É importantíssimo lembrar que o art. 7º da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) admite expressamente a **aplicabilidade subsidiária** das regras do **Código de Defesa do Consumidor** (Lei n. 8.078/90) no que diz respeito aos direitos do usuário;

A prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a afirmação: "O direito do consumidor não pode ser aplicado no âmbito dos serviços públicos, em virtude da solidariedade existente entre os usuários, pois a vantagem especial assegurada a um deles poderia comprometer a prestação aos demais".

5) com vistas à satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade: como regra, a transformação, por vontade do legislador, de uma atividade em serviço público é baseada na sua **relevância social**. Porém, nada impede que algumas atividades sem tanta importância para a sociedade sejam qualificadas como serviços públicos. Assim, a relevância social não é condição suficiente ou necessária para a transformação de certa atividade em serviço público. No fundo, desde que observados certos parâmetros constitucionais, a definição de quais são os serviços públicos depende exclusivamente da vontade do legislador.

15.3 SERVIÇOS PÚBLICOS *UTI UNIVERSI* E *UTI SINGULI*

É comum encontrar na doutrina referências a duas acepções distintas da locução "serviço público".

Em **sentido amplo**, serviço público é qualquer **atividade estatal ampliativa** ainda que produza somente vantagens difusas pela sociedade. Assim, o conceito estabelecido nesses termos engloba os serviços de fruição geral (*uti universi*) e os serviços de fruição individual (*uti singuli*).

Como os **serviços públicos *uti universi*,** ou **serviços gerais**, não criam vantagens particularizadas para cada usuário, torna-se impossível estabelecer um valor justo que possa ser cobrado do beneficiário como remuneração pela prestação. Daí por que os serviços públicos *uti universi* **não podem ser dados em concessão nem remunerados pela cobrança de taxas**. Tais serviços são prestados diretamente pelo Estado e a sua prestação é custeada pela **receita proveniente de impostos**. Exemplos: atividade

A 4ª prova de Cartório/SP considerou CORRETA a afirmação: "Os serviços públicos *uti universi* são indivisíveis, e a Administração presta-os a usuários indeterminados, mantendo-os por impostos".

A prova da Magistratura/DF considerou CORRETA a afirmação: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa".

jurisdicional, varrição de ruas, iluminação **pública**, coleta de lixo, limpeza pública etc.

Ao contrário, os **serviços públicos *uti singuli***, ou **serviços individuais**, são prestados de modo a criar benefícios individuais a cada usuário, **podendo ser concedidos** e custeados pela **cobrança de taxas**. Exemplos: energia residencial, água canalizada, transporte coletivo, telefonia fixa etc.

> CUIDADO: É comum encontrar referência à **segurança pública** como exemplo de serviço público *uti universi*, especialmente entre autores de Direito Tributário. Trata-se, porém, de erro grosseiro, na medida em que, sendo atividade limitadora da esfera de interesses do particular, a atuação estatal de manutenção da ordem tecnicamente **não é serviço público**, mas manifestação do **poder de polícia**.

Como se pode notar, o conceito de serviço público em sentido amplo compreende atividades estatais muito diferentes entre si, diminuindo a funcionalidade de sua utilização.

É por isso que a doutrina prioriza a utilização do conceito de **serviço público em sentido estrito**, que compreende somente as atividades estatais passíveis de **fruição individualizada** pelos usuários. A noção de serviço público *stricto sensu*, portanto, engloba apenas os serviços *uti singuli*. Exemplo: telefonia fixa.

> DICA: A Lei Geral de Telecomunicações – Lei n. 9.472/97 definiu a telefonia fixa como serviço público. Entretanto, a **telefonia móvel constitui atividade econômica**. Por isso, havendo a quebra de uma operadora de telefonia fixa, o Estado tem o dever de garantir a continuidade da prestação, continuidade essa que não precisa ser garantida no caso da telefonia móvel.

Por uma questão didática, a noção de serviço público será utilizada, nos itens seguintes desta obra, em sua acepção estrita.

15.4 NOSSO CONCEITO

Em síntese, reunindo os mais importantes elementos conceituais apresentados pela doutrina, é possível definir serviço público como "toda atividade material ampliativa, definida pela lei ou pela Constituição como dever estatal, consistente no oferecimento de utilidades e comodidades ensejadoras de benefícios particularizados a cada usuário, sendo prestada pelo Estado ou por seus delegados, e submetida predominantemente aos princípios e normas de direito público".

É oportuno salientar que, além das explicações apresentadas no item anterior sobre a natureza material e ampliativa da prestação, alguns esclarecimentos ainda devem ser feitos sobre nosso conceito:

1) atuação definida pela lei ou pela Constituição como dever estatal: o único critério admitido pela doutrina moderna para conceituação do serviço

público é o **critério formal**, com base no qual a definição de quais atividades serão serviços públicos repousa na simples vontade do legislador ou do constituinte, não importando se a atividade é ou não essencial para a sociedade;

A prova do Ministério Público/TO considerou INCORRETA a afirmação: "No Direito brasileiro, para determinada autoridade ser tida como serviço público é necessária a conjugação de três elementos: o subjetivo, o material e o formal".

2) atividade consistente no oferecimento de utilidades e comodidades fruíveis individualmente pelo usuário: o serviço público, em sentido estrito, é uma atuação ampliativa da esfera de interesses do particular por meio da qual o Estado disponibiliza benefícios passíveis de fruição individual por usuário.

15.5 TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

Serviço público só pode, por definição, ser titularizado por **pessoa jurídica de direito público**. Assim, observada a repartição de competências determinada pela Constituição e pela legislação, a titularidade de serviços públicos somente pode ser atribuída à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias, associações públicas ou fundações públicas.

Por isso, os instrumentos normativos de delegação de serviços públicos, como **concessão** e **permissão**, transferem apenas a prestação temporária, **nunca delegam a titularidade do serviço público**.

A prova da OAB/BA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O exercício dos serviços públicos pode ser delegado a entidades públicas ou privadas, por meio de concessão ou permissão, mantendo-se a titularidade com o Poder Público".

Mesmo no caso das pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Indireta, não há transferência do serviço público em si. **Empresas públicas e sociedades de economia mista** prestadoras de serviços públicos, embora pertencentes ao Estado, nunca detêm a titularidade do serviço, na medida em que **titularizam somente a prestação do serviço público**.

A Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, por exemplo, sendo empresa pública federal de direito privado, não tem a titularidade do serviço postal, titularizando somente a sua prestação. Isso porque o serviço postal é titularizado pela União (art. 21, X, da CF).

15.6 SERVIÇOS PÚBLICOS FEDERAIS, ESTADUAIS, MUNICIPAIS E DISTRITAIS

A Constituição Federal de 1988 atribuiu diversos serviços públicos à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal. Vejamos como foi feita a divisão de atribuições:

1) compete à União (art. 21, X a XII):

a) manter o **serviço postal** e o **correio aéreo** nacional;

b) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **telecomunicações**, nos termos da lei;

c) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **radiodifusão sonora**, e **de sons e imagens**;

d) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e **instalações de energia elétrica** e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

e) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a **navegação aérea, aeroespacial** e a **infraestrutura aeroportuária**;

f) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

g) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **transporte rodoviário interestadual** e **internacional** de passageiros;

h) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os **portos** marítimos, fluviais e lacustres.

i) executar os "serviços" de **polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras**;

j) explorar os "serviços" e **instalações nucleares** de qualquer natureza.

2) compete aos Estados: explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de **gás canalizado**, na forma da lei (art. 25, § 2º, da CF);

3) compete aos Municípios (art. 30 da CF):

a) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de **interesse local**, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

b) prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de **atendimento à saúde da população**.

Ao **Distrito Federal**, são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Pode-se afirmar, com base nessa norma, que cabe ao Distrito Federal prestar todos os serviços públicos de competência estadual e municipal (art. 32, § 1º, da CF).

Cabe lembrar que existem serviços públicos de **titularidade comum** entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como saúde, educação, previdência social e assistência social. Tais serviços, chamados ainda de **serviços sociais**, também **podem ser prestados por particulares** mediante autorização estatal. Porém, só serão considerados serviços públicos propriamente ditos quando prestados pelo Estado.

Registre-se ainda o caso curioso do serviço público de **saneamento básico** (art. 21, XX, da CF), cuja titularidade a Constituição Federal não atribuiu expressamente a nenhuma entidade federativa.

15.6.1 Serviços notariais e de registro

Os serviços públicos notariais e de registro são exercidos em **caráter privado**, por delegação do Poder Público (art. 236 da CF). Tais serviços são os de organização técnica e administrativa destinados a **garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos** (art. 1º da Lei n. 8.935/94).

O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses (art. 236, § 3º, da CF). O concurso será realizado pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador. Ao concurso público, poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro (art. 15 da Lei n. 8.935/94).

Notário (ou tabelião) e oficial de registro (ou registrador) são profissionais do direito, competentes para praticar atos dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro (art. 3º da Lei n. 8.935/94).

Os titulares de serviços notariais e de registro compreendem os: a) tabeliães de notas; b) tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; c) tabeliães de protesto de títulos; d) oficiais de registro de imóveis; e) oficiais de registro de títulos e documentos e civil das pessoas jurídicas; f) oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas; g) oficiais de registro de distribuição (art. 5º da Lei n. 8.935/94).

São requisitos para ingressar nas funções notariais e registrárias:

1) habilitação em concurso público de provas e títulos;
2) nacionalidade brasileira;
3) capacidade civil;
4) quitação com as obrigações eleitorais e militares;
5) diploma de bacharel em direito;
6) verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

Quanto à responsabilidade, os notários e oficiais de registro **responderão objetivamente** pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos. A responsabilidade civil independe da criminal (arts. 22 e 23 da Lei n. 8.935/94).

O valor dos **emolumentos** cobrados como remuneração pelos serviços prestados ao usuário tem **natureza jurídica de taxa** de serviço público. Já o percentual repassado ao tribunal fiscalizador tem natureza de taxa de polícia.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, os titulares de cartórios e notários não estão sujeitos à aposentadoria compulsória aos 70 anos (ADIn 2.902/2005).

Por fim, ao afirmar que os serviços públicos notariais e de registro são exercidos em caráter privado, o art. 236 da CF pretendeu enfatizar a ideia de que a contratação de funcionários para trabalhar nos cartórios é livre, sujeitando-se ao regime trabalhista comum e não havendo necessidade de realização de concurso público.

15.7 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

A prestação de serviços públicos está submetida à incidência de todos os princípios gerais do Direito Administrativo.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "O conceito de serviço público não alberga o princípio da livre-iniciativa".

Além desses, existem diversos **princípios específicos** aplicáveis exclusivamente à prestação dos **serviços públicos**. São eles:

1) adequação: de acordo com o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95, serviço adequado é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia** na sua prestação e **modicidade das tarifas** (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95). Nota-se, portanto, que a adequação constitui verdadeiro princípio geral da prestação dos serviços públicos, impondo à Administração e aos seus delegados privados o dever de prestar o serviço do modo exigido pela legislação e pelo contrato, e não segundo os critérios e preferências do prestador;

2) obrigatoriedade: o Estado tem o **dever jurídico de promover a prestação** do serviço público, não sendo essa prestação uma simples faculdade discricionária;

3) atualização, modernidade ou adaptabilidade: a técnica empregada na prestação do serviço público, embora não tenha de ser a mais avançada disponível, precisa mostrar-se compatível com o estágio de desenvolvimento tecnológico vigente à época da prestação. Em termos práticos, o princípio da atualização proíbe o retrocesso da técnica. Assim, por exemplo, o princípio da atualidade proíbe a substituição, no serviço de transporte de passageiros, do ônibus por bondes com tração animal. Nesse sentido, o art. 6º, § 2º, da Lei n. 8.987/95 afirma que "a atualidade compreende a **modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações** e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço";

4) universalidade ou generalidade: a prestação do serviço público deve ser estendida à maior quantidade possível de usuários;

5) modicidade das tarifas: significa que o **valor exigido** do usuário a título de remuneração pelo uso do serviço deve ser **o menor possível**, reduzindo-se ao estritamente necessário para remunerar o prestador com acréscimo de pequena margem de lucro. Daí o nome "modicidade", que vem de "módico", isto é, algo barato, acessível. Como o princípio é aplicável também na hipótese de serviço remunerado por meio de taxa, o mais apropriado seria denominá-lo **princípio da modicidade da remuneração**. Tal princípio é um instrumento para atender à universalidade na medida em que, quanto menor o valor exigido, maior a quantidade de usuários beneficiados pela prestação. Com o objetivo de reduzir ao máximo

o valor da tarifa cobrada do usuário, a legislação brasileira prevê alguns mecanismos jurídicos especiais, como a existência de fontes alternativas de remuneração do prestador (exemplo: espaços publicitários explorados pelo concessionário ao lado da rodovia) e a definição do menor valor da tarifa como um dos critérios para decretar o vencedor da concorrência pública que antecede a outorga da concessão de serviços públicos (arts. 9º e 11 da Lei n. 8.987/95);

6) cortesia: significa que o serviço e as informações de interesse do usuário devem ser prestados com polidez e educação;

7) transparência: o usuário tem direito de receber do poder concedente e da concessionária **informações** para defesa de interesses individuais ou coletivos (art. 7º, III, da Lei n. 8.987/95);

A prova do Ministério Público/SP considerou CORRETA a afirmação: "Diante do princípio da transparência, constitui dever, seja do concedente, seja do concessionário, o de fornecer aos usuários as informações para defesa de interesses individuais e coletivos. Cabe aos usuários, ainda, como sujeitos interessados na boa prestação do serviço, o direito de representação no sistema de fiscalização dos serviços concedidos".

8) continuidade: significa que a prestação do serviço público não pode sofrer interrupção, devendo ser promovida de forma contínua e intermitente. Porém, é importantíssimo lembrar que o § 3º do art. 6º da Lei n. 8.987/95 disciplinou o alcance do referido princípio nos seguintes termos: "Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por **inadimplemento** do usuário, considerado o interesse da coletividade". Assim, pondo fim à grande polêmica quanto à legitimidade do corte do fornecimento do serviço em caso de falta de pagamento, a Lei de Concessões admite expressamente que **o inadimplemento é causa de interrupção da prestação de serviço**, desde que observada a necessidade de **prévio aviso**;

A prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a afirmação: "A essencialidade dos serviços e o vínculo imediato com os direitos fundamentais são fatores que indicam o dever de gratuidade na prestação, pela concessionária, aos usuários que, por qualquer razão de fato ou de direito, simplesmente aleguem estar sem condições de pagar a respectiva contraprestação".

A prova da Magistratura/MG considerou CORRETA a afirmação: "O corte de fornecimento de energia elétrica, como se sabe, pode ser objeto de discussão judicial e, segundo entendimento do TJMG, traduz-se em ato de autoridade no exercício de função delegada, impugnável pela via do mandado de segurança".

A jurisprudência de nossos tribunais registra volumosa casuística sobre questões relacionadas ao pagamento das tarifas e corte no fornecimento de serviços. Convém apontar alguns entendimentos relevantes:

a) é inviável o corte no fornecimento de água por inadimplemento de anterior morador (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1399175/RJ, *DJe* 24-6-2011);

b) não se admite a suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão de cobrança de débitos pretéritos (STJ, 1ª Seção, EREsp 1069215/RS, *DJe* 1º-2-2011);

c) é ilegal a suspensão no fornecimento de energia elétrica nos casos de dívidas contestadas em juízo (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1377519/RS, 1ª Turma, *DJe* 13-5-2011);

d) é vedado vincular o recebimento da tarifa mensal à quitação de débitos anteriores (STJ, 2ª Turma, REsp 299523/SP, *DJ* 12-3-2007);

e) a concessionária deve cobrar em faturas distintas a conta mensal de consumo de água e eventuais serviços complementares (TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Público, Apelação 0154322-37.2007.8.26.0000, *DJ* 2-6-2009).

A prova da Magistratura/MG considerou CORRETA a afirmação: "Segundo o critério da igualdade dos usuários, a nenhum deles será negada a prestação de serviço público em razão da distinção de caráter pessoal".

9) igualdade: os serviços públicos devem ser prestados de modo isonômico a todos os usuários, sem privilégios ou **discriminações**. Com base no mesmo princípio, deve-se dar tratamento especial a usuários em condições faticamente diferenciadas, como ocorre nos casos de transporte público adaptado para portadores de deficiência e das tarifas mais reduzidas para usuários economicamente hipossuficientes;

10) motivação: todas as decisões relacionadas com a prestação do serviço devem ser fundamentadas;

11) controle: as condições de prestação do serviço público estão sujeitas a fiscalização por parte da própria Administração (controle interno) e pela via judicial (controle externo);

12) regularidade: a prestação do serviço deve observar as condições e horários adequados diante dos interesses da coletividade, sem atrasos ou intermitências;

13) eficiência: o serviço público deve ser prestado buscando a melhor qualidade e os mais altos índices de aproveitamento possíveis;

14) segurança: a prestação do serviço não pode colocar em risco a integridade dos usuários ou a segurança da coletividade.

15.8 SERVIÇOS ESSENCIAIS

A Lei n. 7.783/89, ao disciplinar o exercício do direito de greve, definiu como serviços ou atividades essenciais:

a) tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

b) assistência médica e hospitalar;

c) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

d) funerários;

e) transporte coletivo;

f) captação e tratamento de esgoto e lixo;

g) telecomunicações;

h) guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

i) processamento de dados ligados a serviços essenciais;

j) controle de tráfego aéreo;

k) compensação bancária.

No caso de greve em algum desses serviços, os **sindicatos**, os **empregadores** e os **trabalhadores** ficam obrigados a **garantir a prestação dos serviços indispensáveis** ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim entendidas as que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a **sobrevivência**, a **saúde** ou a **segurança** da população (art. 11). Não observada tal exigência, cabe ao Poder Público assegurar a prestação dos serviços indispensáveis.

15.9 FORMAS DE PRESTAÇÃO

Existem diversas formas de prestação de serviços públicos:

1) prestação direta: é aquela realizada pelo próprio Estado (Administração Pública direta). Se houver cobrança em troca da prestação direta, a **remuneração** terá **natureza tributária de taxa**. A prestação direta pode ser realizada de dois modos:

a) **pessoalmente pelo Estado**: quando promovida por órgãos públicos da Administração Direta. Exemplo: varrição de ruas;

b) **com o auxílio de particulares**: os prestadores são selecionados por **procedimento licitatório**, celebrando contrato de prestação de serviços. Exemplo: coleta de lixo feita por empresa terceirizada. A prestação direta com auxílio de particulares é feita sempre **em nome do Estado**, e não em nome próprio pelo prestador, razão pela qual, havendo prejuízo decorrente da prestação, a responsabilidade pela reparação é exclusiva do Estado.

2) prestação indireta por outorga: se houver **lei específica** nesse sentido, a prestação de serviços públicos pode ser realizada por meio de **pessoas jurídicas** especializadas **criadas pelo Estado**. É o que ocorre com as autarquias, fundações públicas, associações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. A remuneração paga pelo usuário ao prestador tem natureza de **taxa.** A **responsabilidade** pela reparação de danos decorrentes da prestação de serviços outorgados é **objetiva** e **direta do prestador**, e não da Administração direta. Porém, o **Estado responde subsidiariamente** pelo valor da indenização na hipótese de o orçamento da autarquia, fundação, associação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista não serem suficientes para suportar o montante indenizatório. Exemplo de prestação indireta por outorga: serviço postal exercido pela Empresa de Correios e Telégrafos;

3) prestação indireta por delegação: é realizada, após regular **licitação**, por meio de concessionários e permissionários, desde que a deleção tenha previsão em lei específica (concessão) ou autorização legislativa (permissão). Prestação indireta por delegação só pode ocorrer em relação a **serviços públicos *uti singuli***. A **responsabilidade** por danos causados a usuários ou terceiros em razão da prestação do serviço **é direta e objetiva do concessionário** ou permissionário, respondendo o Estado somente em caráter subsidiário. Nota-se, portanto, que as regras aplicáveis ao

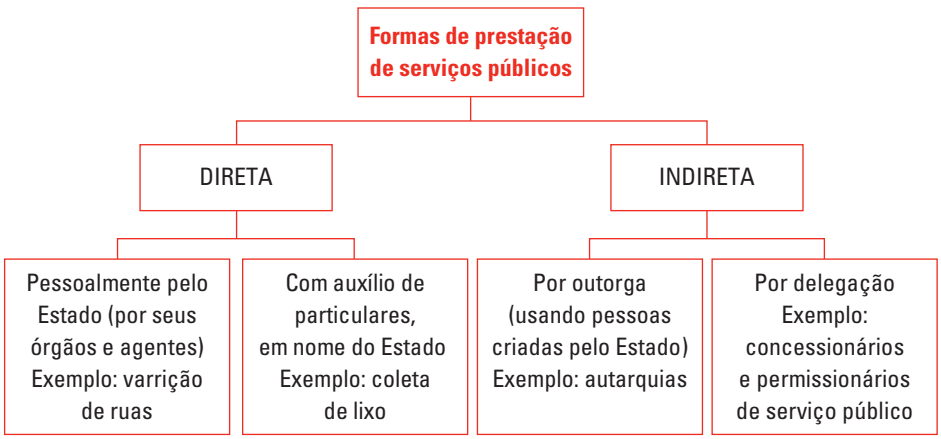
A prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a afirmação: "Quando prestado por meio de concessão, o regime passa a ser exclusivamente de direito privado, única forma de assegurar a continuidade, a generalidade e a adequação do serviço público, e também de garantir o acesso a um maior número de usuários".

serviço delegado continuam sendo de **direito público**. A remuneração paga pelo usuário tem natureza jurídica de **tarifa** ou **preço público**. Exemplos de prestação indireta por delegação: rodovia dada em concessão, transporte aéreo de passageiros, telefonia fixa e radiodifusão sonora (rádios) ou de sons e imagens (emissoras de televisão).

A prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a afirmação: "A concessão transfere integralmente para o concessionário os poderes de polícia inerentes ao concedente".

Em nenhuma hipótese, porém, a delegação transfere o poder de fiscalizar a prestação do serviço, prerrogativa esta que sempre permanece nas mãos do **poder concedente**.

Formas de prestação


Formas de prestação de serviços públicos
DIRETA
INDIRETA
Pessoalmente pelo Estado (por seus órgãos e agentes) Exemplo: varrição de ruas
Com auxílio de particulares, em nome do Estado Exemplo: coleta de lixo
Por outorga (usando pessoas criadas pelo Estado) Exemplo: autarquias
Por delegação Exemplo: concessionários e permissionários de serviço público

15.10 RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A responsabilidade patrimonial do prestador de serviços públicos é **sempre objetiva** por danos causados a usuários ou a terceiros, não importando se a prestação está a cargo do próprio Estado, entidades da Administração indireta, concessionários ou permissionários.

Isso porque a responsabilidade objetiva é **direito do usuário**, independentemente de quem seja o prestador.

A exceção, por óbvio, está nos danos por omissão, pois, conforme explicado anteriormente, as condutas omissivas ensejam responsabilidade subjetiva.

15.11 FORMAS DE REMUNERAÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê basicamente três formas de remuneração para a prestação de serviços públicos:

1) tarifa: também chamada de **preço público**, é a remuneração paga pelo usuário quando serviço público *uti singuli* é prestado indiretamente, por delegação, nas hipóteses de **concessão** e **permissão**. A tarifa é uma contrapartida **sem natureza tributária**, mas de cunho privado-contratual. Não sendo tributo, está dispensada do cumprimento dos princípios da legalidade e da anterioridade, razão pela qual pode ser majorada por ato administrativo do poder concedente, e a exigência será realizada imediatamente, sem necessidade de observância do intervalo de não surpresa característico da anterioridade tributária. Exemplo de tarifa: o valor do pedágio cobrado nas rodovias exploradas por particulares;

2) taxa: é uma contrapartida tributária utilizada nas hipóteses de **prestação direta pelo Estado** de serviço público *uti singuli*. Também serão remunerados por taxas os **serviços públicos outorgados** a pessoas jurídicas da Administração indireta, como autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Em razão de sua natureza tributária, as taxas somente podem ser **criadas ou majoradas por meio de lei** (art. 150, I, da CF), e sua cobrança está submetida ao intervalo mínimo imposto pelo **princípio da anterioridade** (art. 150, III, *b* e *c*, da CF). Exemplo de serviço público remunerado por taxa é o serviço postal prestado pelos correios;

3) imposto: no caso de **serviços públicos *uti universi***, não se pode falar propriamente em remuneração, mas em prestação custeada pelas receitas provenientes de impostos. Um exemplo é o serviço de limpeza e conservação de logradouros públicos.

15.12 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

As classificações dos serviços públicos apresentadas por Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello são frequentemente objeto de questões em provas e concursos.

Segundo **Hely Lopes** Meirelles, os serviços públicos podem ser classificados a partir de variados critérios:[5]

1) quanto à essencialidade:

a) serviços públicos propriamente ditos: são privativos do Poder Público por serem considerados **indispensáveis** e **necessários para sobrevivência do grupo social e do próprio Estado**. Exemplo: defesa nacional;[6]

b) serviços de utilidade pública: sua **prestação** não é indispensável para a sociedade, mas **conveniente e oportuna** na medida em que facilita a vida do indivíduo. Exemplo: energia elétrica;[7]

---

5 *Direito administrativo brasileiro,* p. 316.

6 *Direito administrativo brasileiro,* p. 317.

7 *Direito administrativo brasileiro,* p. 317.

A prova do Ministério Público/TO considerou INCORRETA a afirmação: "No Brasil atual, os serviços de segurança podem ser corretamente classificados como serviço público impróprio, porquanto também são prestados por empresas privadas e até por particulares".

A 10ª Prova do Ministério Público Militar considerou CORRETA a afirmação: "Os serviços que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e por isso a Administração os presta remuneradamente por seus órgãos ou entidades descentralizadas, ou delega sua prestação a concessionários ou autorizatários, são chamados serviços impróprios do Estado".

2) quanto à adequação:

a) serviços próprios do Estado: são aqueles vinculados às **atribuições essenciais do Poder Público**, sendo em regra prestados diretamente pelo Estado, de modo gratuito ou mediante baixa remuneração. Exemplo: saúde pública[8] e segurança pública;

b) serviços impróprios do Estado: aqueles que **não afetam substancialmente as necessidades da coletividade**, razão pela qual podem ter a prestação outorgada a entidades estatais descentralizadas ou delegada a particulares.[9] Exemplo: telefonia fixa.

3) quanto à finalidade:

a) serviços administrativos: prestados para atender **necessidades internas da Administração**. Exemplo: imprensa oficial;[10]

b) serviços industriais: consistem na exploração de atividades econômicas pelo Estado, produzindo **renda e lucro** para o prestador.[11] Exemplo: venda de refeições a preços populares por empresa pública municipal.

Já para Celso Antônio **Bandeira de Mello**, ante o tratamento dado pela Constituição Federal, os serviços públicos podem ser divididos em quatro categorias:[12]

a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: são aqueles que somente podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por entidades estatais, não admitindo delegação a particulares. São casos em que **o Estado tem que prestar sozinho o serviço**. Exemplo: serviço postal e correio aéreo nacional;[13]

b) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder: são casos em que a Constituição determina a prestação pelo Estado e simultaneamente a delegação a particulares. Em tais hipóteses, **o Estado tem que prestar junto com particulares**. Exemplo: radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão);[14]

c) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade: é o caso dos serviços de saúde e educação, que, quando prestados pelo Estado, são

---

8 *Direito administrativo brasileiro*, p. 318.

9 *Direito administrativo brasileiro*, p. 318.

10 *Direito administrativo brasileiro*, p. 318.

11 *Direito administrativo brasileiro*, p. 318.

12 *Direito administrativo brasileiro*, p. 688.

13 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 688.

14 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 689.

serviços públicos.[15] Neles, **o Estado não pode admitir prestação somente por particulares**;

d) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão: trata-se de serviços que **devem obrigatoriamente ser prestados pelo Estado ou por particulares**.[16] Exemplo: fornecimento de gás canalizado.

15.13 DIREITOS DO USUÁRIO

Nos termos do disposto no art. 7º da Lei n. 8.987/95, são direitos e obrigações dos usuários, além daqueles estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor:

a) receber serviço adequado;

b) receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

c) obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;

d) levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

e) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

f) contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos por meio dos quais lhes são prestados os serviços.

Importante frisar que as concessionárias estão obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos (art. 7ºA da Lei n. 9.897/95).

15.14 QUESTÕES

1. (OAB/Cespe-UnB – 2007.2) Acerca das definições contidas na Lei de Concessões Públicas (Lei n. 8.987/1995), assinale a opção correta:

A) a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, mesmo quando não comprovado seu impacto, implica a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso;

B) não será desclassificada, *ab initio*, a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes;

C) a concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante qualquer modalidade de licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

D) o serviço público é adequado quando satisfizer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

---

15 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 689.

16 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 689.

2. (Ministério Público/GO) Sobre os serviços públicos, é incorreto afirmar que:

A) serviços administrativos são aqueles que o Estado executa para melhor compor sua organização;
B) serviços coletivos (*uti universi*) são aqueles prestados a grupamentos determinados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração;
C) serviços singulares (*uti singuli*) preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos;
D) os serviços de utilidade pública se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta.

3. (Magistratura/TO) José, residente em Palmas/TO, não pagou a fatura de energia elétrica de sua residência relativamente ao mês de abril de 2007. Nessa mesma conta, foi cobrada a contribuição de iluminação pública. Diante dessa situação hipotética, assinale a opção correta acerca dos serviços públicos.

A) Conforme entendimento do STJ, a concessionária não pode suspender o fornecimento de energia elétrica, em face do princípio da continuidade do serviço público.
B) O serviço de fornecimento de energia elétrica a José se caracteriza como impróprio e individual.
C) Não se exige que José seja notificado da ausência de pagamento para que haja o corte de energia elétrica.
D) A tarifa e a contribuição de iluminação pública têm natureza tributária.

4. (OAB/SP – 131º) Em execução judicial sofrida pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, foi determinada a penhora dos seus recursos financeiros. O STF concedeu liminar suspendendo cautelarmente tal decisão, sob o fundamento de que:

A) a empresa presta serviço público essencial, sobre o qual recai o princípio da continuidade;
B) se trata de sociedade de economia mista, que não pode ter seus bens penhorados;
C) se trata de entidade estatal que exerce atividade econômica em sentido estrito, não podendo ocorrer descontinuidade nesse exercício;
D) os recursos financeiros do Metrô têm natureza de bem público, razão pela qual só podem ser penhorados no regime de precatórios.

5. (AUTOR) Assinale a alternativa que indique a(s) entidade(s) federativa(s) competente(s) para: a) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; b) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; c) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: I) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; II) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; III) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; IV) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; V) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; VI) os portos marítimos, fluviais e lacustres:

A) União, Estados e Municípios, concorrentemente.
B) Estados e Municípios, concorrentemente.
C) Estados, exclusivamente.
D) União, privativamente.

6. (Ministério Público/MG) Assinalar a alternativa incorreta:

A) Os serviços públicos gerais são prestados a toda a coletividade, indistintamente, ou seja, seus usuários são indeterminados e indetermináveis.

B) Serviços públicos não essenciais são prestados no interesse da comunidade e remunerados mediante taxas, que incidirão sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço, sendo exemplo os serviços de distribuição de energia elétrica.

C) Em qualquer hipótese, sejam serviços prestados direta ou indiretamente, a regulamentação e o controle dos serviços públicos são sempre atribuições do Poder Público.

D) Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

E) A concessão de serviço público é formalizada por meio de contrato administrativo e a delegação de sua prestação é feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

7. (OAB/MG) Partindo da distinção entre as atividades administrativas, é exemplo de serviço público, no direito brasileiro:

A) a atuação na área de siderurgia;

B) o fornecimento de transporte coletivo por empresa concessionária;

C) a imposição de multa;

D) a concessão de benefícios fiscais.

16

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

16.1 CONCEITO

A Administração Pública só pode atuar visando a proteção dos interesses da coletividade. Por isso, a legislação atribui competências aos agentes públicos e, ao mesmo tempo, define claramente os limites para o exercício de tais atribuições. A própria noção de competência implica a existência de limites dentro dos quais quem recebe determinada atribuição pode atuar.

O tema controle da Administração estuda os **instrumentos jurídicos de fiscalização** sobre a atuação dos agentes, órgãos e entidades componentes da Administração Pública.

16.2 OBJETIVOS

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, os mecanismos de controle sobre a Administração Pública têm como objetivos fundamentais garantir o **respeito aos direitos subjetivos** dos usuários e assegurar a observância das **diretrizes constitucionais da Administração**.[1]

16.3 NATUREZA JURÍDICA

Os mecanismos de controle têm natureza jurídica de **princípio fundamental da Administração Pública**.

É o que se extrai da norma contida no art. 6º, V, do Decreto-Lei n. 200/67: "As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: *a*) planejamento; *b*) coordenação; *c*) descentralização; *d*) delegação de competência; *e*) controle".

16.4 CLASSIFICAÇÃO

A doutrina procura dividir as formas de controle da Administração em diversas categorias, partindo dos mais **variados critérios**:

---

1 *Manual de direito administrativo*, p. 894.

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Todas as entidades da administração indireta federal, sejam elas de direito público ou de direito privado, estão sujeitas ao controle externo realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União".

1) quanto ao órgão controlador:

a) controle legislativo: é aquele realizado pelo parlamento com auxílio dos **Tribunais de Contas**. Exemplo: comissões parlamentares de inquérito;

b) controle judicial: promovido por meio das ações constitucionais perante o Poder Judiciário. O controle judicial pode ser exercido ***a priori*** ou ***a posteriori***, conforme se realize antes ou depois do ato controlado, respectivamente. O controle judicial sobre a atividade administrativa é sempre realizado **mediante provocação** da parte interessada. Exemplo: mandado de segurança e ação civil pública;

c) controle administrativo: é o controle interno no âmbito da própria Administração. Pode ser realizado **de ofício** ou **por provocação** da parte interessada. Exemplo: recurso hierárquico.

2) quanto à extensão:

a) controle interno: realizado por um Poder sobre seus próprios órgãos e agentes. Exemplo: controle exercido pelas chefias sobre seus subordinados;

A prova de Procurador Municipal de Manaus elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "O controle externo deve ser feito não mais visando apenas ao que chamamos legalidade formal, mas também no que respeita à legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade".

b) controle externo: quando o órgão fiscalizador se situa fora do âmbito do Poder controlado. Exemplo: anulação judicial de ato da Administração.

3) quanto à natureza:

a) controle de legalidade: analisa a compatibilidade da atuação administrativa com o ordenamento jurídico. O controle de legalidade pode ser exercido pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Exemplo: anulação de contrato administrativo por violação da Lei n. 8.666/93;

b) controle de mérito: é exercido somente pela própria Administração quanto aos juízos de conveniência e oportunidade de seus atos. Não se admite controle do mérito de atos administrativos pelo Poder Judiciário, exceto quanto aos atos praticados pelo próprio Judiciário no exercício de função atípica. Exemplo: revogação de ato administrativo.

4) quanto ao âmbito:

a) controle por subordinação: é aquele realizado por autoridade hierarquicamente superior àquele que praticou o ato controlado. Importante relembrar que as entidades descentralizadas não estão submetidas à sujeição hierárquica em relação ao Poder Central, inexistindo controle por subordinação da Administração direta sobre a indireta. Exemplo: anulação, pelo Presidente da República, de ato praticado por Ministro de Estado;

b) controle por vinculação: é o poder de influência exercido pela Administração direta sobre as entidades descentralizadas, não se caracterizando como

subordinação hierárquica. Exemplo: poder de fiscalização do Ministro de Estado sobre autarquia vinculada à sua pasta.

5) quanto ao momento de exercício:

a) controle prévio: também chamado de controle ***a priori***, é aquele realizado antes do ato controlado. Exemplo: mandado de segurança impetrado para impedir a prática de ato ilegal;

b) controle concomitante: promovido concomitantemente à execução da atividade controlada. Exemplo: fiscalização durante a execução de obra pública;

c) controle posterior: conhecido também como controle ***a posteriori***, é realizado após a prática do ato controlado. Exemplo: ação popular proposta visando anular ato lesivo ao patrimônio público.

A prova de Técnico do TRF elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "O controle externo, exercido pelo Tribunal de Contas da União, quanto aos atos praticados pela Administração Pública Federal, relativos a concessões de aposentadorias, é característico do tipo posterior".

6) quanto à iniciativa:

a) controle de ofício: é realizado sem necessidade de provocação da parte interessada. Exemplo: instauração de processo disciplinar para apurar falta funcional praticada por servidor público;

b) controle provocado: aquele que depende da iniciativa da parte interessada. Exemplo: ações constitucionais para controle judicial da Administração Pública.

16.5 CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle administrativo é fundamentado no **poder de autotutela** que a Administração exerce sobre seus próprios atos. Tem como objetivos a confirmação, correção ou alteração de comportamentos administrativos.[2]

Os **meios de controle** administrativo são a **supervisão ministerial** sobre as entidades descentralizadas e o **controle hierárquico** típico dos órgãos da Administração direta.

▶ ATENÇÃO: No direito brasileiro, **não existe necessidade de esgotamento da via administrativa** para ser possível recorrer ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF). A **exceção** diz respeito às questões envolvendo **direito desportivo** (art. 217, § 1º, da CF).

16.5.1 Recurso hierárquico próprio e impróprio

Quanto aos recursos hierárquicos, a doutrina identifica duas categorias:

a) recurso hierárquico próprio: é aquele endereçado à **autoridade superior** à que praticou o ato recorrido. Como tal recurso é inerente à organização escalonada da Administração, pode ser interposto **sem necessidade de previsão legal**. Exemplo: recurso contra autuação dirigido à chefia do setor de fiscalização;

---

2 José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 899.

b) recurso hierárquico impróprio: dirigido à autoridade que **não ocupa posição de superioridade hierárquica** em relação a quem praticou o ato recorrido. Tal modalidade de recurso só pode ser interposta mediante **expressa previsão legal**. Exemplo: recurso contra decisão tomada por autarquia endereçado ao Ministro da pasta a qual a entidade recorrida está vinculada.

16.6 CONTROLE LEGISLATIVO

O controle legislativo é realizado no âmbito dos parlamentos e dos órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Sua abrangência inclui o **controle político** sobre o próprio exercício da função administrativa e o **controle financeiro** sobre a gestão dos gastos públicos dos três Poderes.[3]

Os mais importantes **instrumentos** de controle legislativo estão previstos nos seguintes dispositivos constitucionais:

a) art. 48, X: "Cabe ao Congresso Nacional **legislar sobre criação e extinção de Ministérios** e órgãos da administração pública";

b) art. 49, V: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional **sustar os atos normativos** do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa";

c) art. 50: "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão **convocar Ministro de Estado** ou **quaisquer titulares de órgãos** diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada";

d) art. 58, § 3º: "As **comissões parlamentares de inquérito**, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de **um terço de seus membros**, para a apuração de **fato determinado** e **por prazo certo**, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores";

A prova de Agente da Receita Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "A atribuição do Congresso Nacional de sustar contratos considerados irregulares classifica-se como um ato de controle financeiro".

e) art. 71, § 1º: sustar a execução de contrato administrativo objeto de impugnação perante o Tribunal de Contas da União, como forma de **controle financeiro** sobre a Administração Pública;

f) art. 52, I: o julgamento do Chefe do Poder Executivo, no Senado, por crime de responsabilidade.

---

[3] José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 953.

Convém relembrar que o controle legislativo sobre as atividades da Administração somente pode ser realizado nas hipóteses taxativamente previstas na **Constituição Federal**, sob pena de violação da Tripartição de Poderes.

A prova de Procurador Municipal de Manaus elaborada pela FCC considerou INCORRETA a assertiva: "O controle parlamentar, ou seja, aquele exercido pelo Poder Legislativo sobre a Administração Pública, não deve limitar-se às hipóteses previstas na Constituição Federal".

16.6.1 Tribunais de Contas

Importantes **auxiliares do Poder Legislativo** no **controle externo** das atuações administrativas são os **Tribunais de Contas**.

A prova de Oficial de Inteligência na Agência Brasileira de Inteligência – ABIN elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Devido a sua natureza singular, a ABIN não se submete ao controle externo por parte do Tribunal de Contas da União, mas apenas ao controle interno da própria Presidência da República".

Os Tribunais de Contas têm competência para fiscalização de quaisquer **entidades públicas** ou privadas que utilizem dinheiro público, incluindo as contas do Ministério Público, do Poder Legislativo e do **Poder Judiciário**.

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A prerrogativa atribuída ao Poder Legislativo de fiscalizar a receita, a despesa e a gestão dos recursos públicos abrange somente os atos do Poder Executivo, estando excluídos dessa apreciação os atos do Poder Judiciário".

Atualmente, existem no Brasil:

a) Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar do Congresso Nacional;

b) Tribunais de Contas dos Estados (TCEs), órgãos auxiliares das **Assembleias Legislativas**;

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Cabe à assembleia legislativa de cada estado da Federação exercer o controle financeiro do governo estadual e das prefeituras, com o auxílio do tribunal de contas do estado respectivo".

c) Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), órgão auxiliar da Câmara Legislativa Distrital;

d) Tribunais de Contas dos Municípios (TCMs), órgãos auxiliares das Câmaras Municipais. A Constituição Federal reconheceu a existência somente de TCMs em dois municípios brasileiros: São Paulo (TCMSP) e Rio de Janeiro (TCMRJ), sendo vedada a criação de novos tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais, além dos dois já existentes (art. 31, § 4º, da CF).

> ATENÇÃO: No julgamento da **ADI 867/94, com origem no Maranhão, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de os Estados criarem, além de seus TCEs, Tribunais de Contas dos Municípios, órgãos estaduais para fiscalização municipal. Isso porque, segundo consta da ementa do referido julgado:** "O artigo 31 da Carta da República é conducente a concluir-se que os Estados-membros têm o poder de criar e extinguir Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios. A expressão onde houver inserta no primeiro parágrafo alberga a existência presente e futura de tais órgãos, sendo que o óbice à criação ficou restrito à atividade municipal".

De acordo com o art. 71 da Constituição Federal, **compete ao Tribunal de Contas da União**:

1) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "No exercício de suas funções constitucionais, cabe ao Tribunal de Contas da União julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, bem como as contas daqueles que provocarem a perda, o extravio ou outra irregularidade de que cause prejuízo ao erário público".

2) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte **prejuízo ao erário público**;

3) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na Administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

4) realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades governamentais;

5) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

6) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município;

7) prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por quaisquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

8) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

A prova de Agente do TCU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "No âmbito do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal".

9) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

10) sustar, se não atendido, a **execução do ato impugnado**, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

11) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou **abusos apurados**.

A prova de Auditor de Contas/PB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O tribunal de contas não tem poder de determinar quebra de sigilo bancário".

As **decisões** tomadas pelos Tribunais de Contas têm força de **título executivo** extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF).

Os Tribunais de Contas podem sustar atos administrativos impugnados, mas tal poder não se estende a eventuais contratos administrativos submetidos à sua apreciação.

Por fim, deve-se destacar o conteúdo da **Súmula n. 347** do STF: "O **Tribunal de Contas**, no exercício de suas atribuições, **pode apreciar a constitucionalidade** das leis e dos atos do poder público".

16.7 CONTROLE JUDICIAL

O controle judicial das atividades administrativas é realizado sempre **mediante provocação**, podendo ser **prévio** ou **posterior**. Como o Brasil adota o **modelo inglês da jurisdição una**, e não o modelo francês do contencioso administrativo, todas as causas são decididas pelo Poder Judiciário, mesmo aquelas que envolvam interesse da Administração.

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O controle judicial da atividade administrativa do Estado é sempre exercido *a posteriori*, ou seja, depois que os atos administrativos são produzidos e ingressam no mundo jurídico".

Segundo a doutrina, os únicos **limites** importantes ao controle judicial das atividades administrativas dizem respeito aos **atos políticos** e aos atos ***interna corporis***.[4]

As mais importantes **ações judiciais de controle** da Administração Pública são:

a) Mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF e Lei n. 12.016/2009): impetrado para proteger **direito líquido e certo**, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do **Poder Público**. O mandado de segurança tem a peculiaridade de somente admitir a produção de **prova documental pré-constituída**, sendo nele inviável a dilação probatória, isto é, a produção de outros meios de prova para fundamentar a pretensão do impetrante.

A prova de Procurador do Estado/PB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Não constitui pressuposto do mandado de segurança o dano ao patrimônio público".

A prova de Papiloscopista da Polícia Federal elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "A ação de mandado de segurança apresenta, entre outras, a particularidade de exigir que se destine à tutela de direito líquido e certo, que se considera, em geral, como aquele provado desde a propositura da ação, por meio de prova documental pré-constituída, isto é, anexada à petição inicial da ação".

Quanto ao uso do mandado de segurança, merecem destaque os seguintes entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal:

[4] José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 962.

1) Não cabe mandado de segurança contra lei em tese (Súmula n. 266).

2) Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula n. 267).

3) Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado (Súmula n. 268).

4) Mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula n. 269).

b) *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF): cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer **violência ou coação em sua liberdade de locomoção**, por ilegalidade ou abuso de poder.

A prova de Papiloscopista da Polícia Federal elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Qualquer cidadão pode, em princípio, promover pessoalmente o controle da Administração Pública".

c) Ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF e Lei n. 4.717/65): proposta por **qualquer cidadão**, visando **anular ato lesivo** ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

d) Mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição Federal): a ser impetrado sempre que a **falta de norma regulamentadora** torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Julgado procedente, o mandado de injunção ordenará a expedição da lei regulamentadora ou de qualquer outro **ato administrativo** indispensável para viabilizar o exercício dos direitos e garantias constitucionais.

A prova de Auditor de Contas/PB elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O mandado de injunção não é instrumento adequado à determinação de edição de portaria por órgão da administração direta".

e) *Habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF): visando assegurar o conhecimento, retificação ou contestação **de informações** relativas à pessoa do impetrante, constantes de **registros ou bancos de dados** de entidades governamentais ou de caráter público.

A prova da OAB Nacional 2008.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "As entidades da administração indireta, incluindo-se as regidas por normas de direito privado, têm legitimação ativa para propor ação civil pública".

f) Ação civil pública (art. 129, III, da CF e Lei n. 7.347/85): proposta para **proteção de direitos difusos ou coletivos**, como meio ambiente, defesa do consumidor, ordem urbanística, bens e direitos de valor artístico, infração à ordem econômica e à ordem urbanística. São legitimados para a propositura de ação civil pública: 1) o Ministério Público; 2) a Defensoria Pública; 3) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; 4) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; 5) a associação que atenda aos requisitos estabelecidos na Lei n. 7.347/85.

g) Ação de improbidade (art. 37, § 4º, da CF e Lei n. 8.429/92): os agentes públicos que praticarem condutas tipificadas na Lei n. 8.429/92 estarão sujeitos à

aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos, devolução de bens, multa civil, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, proibição de contratar com o Estado e ressarcimento integral do dano.

As ações judiciais de controle sobre a Administração podem ser utilizadas tanto em caso de lesão efetiva quanto na hipótese de ameaça a direito ou **interesse do particular**.

A prova de Papiloscopista da Polícia Federal elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "As ações judiciais utilizáveis para o controle judicial da administração podem ser utilizadas pelo particular tanto no caso de lesão como no de simples ameaça de lesão a direito seu".

h) Processo de responsabilidade administrativa, civil e penal por abuso de autoridade: regulado pela Lei n. 4.898/65, o direito de representação será exercido, nas hipóteses previstas na lei, por meio de petição: 1) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção; 2) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

16.8 PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O instituto da prescrição, entendida como a **perda do direito de ação** devido à inércia de seu titular, também é reconhecido pela legislação pertinente ao Direito Administrativo.

Como regra, o **prazo** para interposição de **recursos administrativos** é de **cinco dias**.

Já o prazo para propositura de **ações judiciais**, tanto pela Administração quanto pelo administrado, em regra é de **cinco anos**. Importante destacar que as hipóteses de suspensão e interrupção do prazo prescricional previstas na legislação civil também são aplicáveis às ações judiciais pertinentes ao Direito Administrativo.

16.9 COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

É comum encontrar na doutrina e na jurisprudência referências à denominada "coisa julgada administrativa", característica atribuída a determinada decisão tida como imutável após o escoamento de todos os prazos para interposição de recursos administrativos. Assim, por exemplo, costuma-se falar em "trânsito em julgado" do auto de infração fiscal quando não puder mais ser impugnado administrativamente pelo contribuinte devido ao esgotamento das vias recursais.

Entretanto, convém esclarecer que, tecnicamente, **decisões administrativas não transitam em julgado**, na medida em que sempre podem ser objeto de revisão perante o Poder Judiciário. O que pode haver é uma **preclusão administrativa** impeditiva de revisão da decisão por parte da Administração. Porém, mesmo no caso de ocorrer tal preclusão, a decisão será passível de controle judicial, não sendo correto considerá-la como imutável ou transitada em julgado.

A prova do TCE/MG elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "O princípio da legalidade garante que a Administração Pública submeta-se ao ordenamento jurídico. O controle desta adequação é feito pela própria Administração, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Judiciário, cabendo apenas a este último proferir decisões que fazem coisa julgada material".

No Estado de Direito, somente o Poder Judiciário pode emitir decisões que produzem **coisa julgada material**.

16.10 QUESTÕES

1. (PFN – 2004 – Esaf) Sobre as petições apresentadas à Administração, marque a opção correta.

A) É recurso hierárquico próprio aquele interposto perante outro órgão, estranho àquele que exarou o ato impugnado.

B) O recurso hierárquico impróprio só pode ser recebido, como tal, se houver previsão específica em lei que o autorize.

C) É entendimento pacífico, no Supremo Tribunal Federal, que representações anônimas encaminhadas à Administração, que digam respeito a irregularidades cometidas em prejuízo do Poder Público, não podem dar azo a investigações, em face da vedação ao anonimato, prevista na Constituição Federal.

D) Reclamação e representação administrativas são expressões que podem ser utilizadas indistintamente, por apresentarem o mesmo significado.

E) Também se considera pedido de reconsideração aquele dirigido diretamente à autoridade superior, desde que integrante de um mesmo órgão.

2. (OAB Nacional – 2008.1 – Cespe) Com relação aos poderes administrativos, assinale a opção correta.

A) Mesmo cabendo ao Poder Executivo o controle dos recursos públicos, inexiste hierarquia entre os membros que compõem os Poderes Judiciário e Legislativo no exercício de suas funções jurisdicionais e legislativas, visto que o fazem sem relação de subordinação ou comando.

B) No exercício do poder regulamentar, o chefe do Poder Executivo só pode disciplinar e alterar, mediante decreto, as leis que tenham sido originariamente propostas por ele.

C) O poder de polícia não pode ser delegado a pessoas de direito privado, ainda que sejam integrantes da administração pública, pois elas não são dotadas do poder de império necessário ao desempenho da atividade de polícia administrativa.

D) O poder disciplinar é exercido de modo vinculado, pois, diante de infrações funcionais praticadas por servidor, a administração não possui discricionariedade no ato de escolha da penalidade que deve ser aplicada, devendo ater-se aos rígidos comandos estabelecidos em lei.

3. (Agente de Controladoria do TCU – Cespe) Com a Constituição de 1988, o TCU teve a sua jurisdição e competência substancialmente ampliadas. Recebeu poderes para, no auxílio ao Congresso Nacional, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade, e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária tem o dever de prestar contas ao TCU.

Tendo o texto acima como referência inicial, julgue os itens que se seguem, relativos ao enquadramento constitucional do TCU.

1. A expressão economicidade, utilizada pelo legislador constituinte e mencionada no texto, autoriza uma apreciação não meramente literal, legalista ou formal do controle a ser desenvolvido pelo TCU, conferindo a este tribunal amplo poder de cognição. Tal amplitude de atuação não é conferida à administração pública, mesmo diante de um moderno direito administrativo de cunho principiológico.
2. A possibilidade de um tribunal de contas, de natureza político-administrativa, julgar as contas de pessoas estranhas ao Estado serve como exemplo do conceito de direito administrativo sob um critério meramente subjetivo de administração pública.
3. A independência conferida ao TCU faz com que as suas decisões, emanadas no exercício de sua atividade-fim, não se submetam a qualquer controle posterior.
4. Conforme o STF, o TCU, no exercício de suas atribuições, pode apreciar, de forma incidental, a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.
5. Para o STF, a independência conferida ao TCU não exclui a competência de fiscalização de suas contas pelo Poder Legislativo.

4. (OAB Nacional – 2007.2 – Cespe) O presidente do STF delegou ao secretário de recursos humanos desse tribunal a atribuição de dispor sobre a promoção na carreira de analista judiciário dos servidores dessa Corte. Um servidor se sentiu preterido nos critérios de direito utilizados na promoção e, em razão disso, contratou advogado para promover as medidas judiciais cabíveis. Acerca dessa situação hipotética, assinale a opção correta.

A) O advogado deverá impetrar mandado de segurança contra o presidente do STF e o secretário de recursos humanos, pois há litisconsórcio necessário entre o delegante e o delegatário.
B) O advogado deverá impetrar mandado de segurança contra ato do secretário de recursos humanos perante a justiça federal no DF.
C) O advogado poderá impetrar mandado de segurança contra o presidente do STF perante o próprio STF, porque a delegação não exclui a responsabilização pela prática do ato.
D) O advogado poderá impetrar mandado de segurança contra ato do secretário de recursos humanos perante o próprio STF.

5. (Procurador do TCE/GO – Esaf) Sobre o sistema de controle interno da União, é correto afirmar:

A) que sua função é dependente do controle externo, ao qual se subordina e em nome do qual atua;
B) que, entre suas competências, está a de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
C) que, ao contrário do que ocorre com o exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas da União, não lhe compete avaliar os resultados da execução dos programas de governo, salvo quando esta atividade estiver vinculada à avaliação das metas previstas no plano plurianual;
D) que ele é único, para todos os Poderes, que deverão mantê-lo de forma integrada;
E) que os seus responsáveis poderão ser solidariamente responsabilizados por irregularidade ou ilegalidade que, conhecida no exercício de suas funções, não for cientificada ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

6. (OAB/Cespe – 2007.1) No que concerne ao TCU, assinale a opção correta.

A) O TCU é órgão integrante da estrutura administrativa do Poder Legislativo, com competência, entre outras, para aprovar as contas do presidente da República.
B) O TCU não detém competência para fiscalizar a aplicação de recursos públicos feita pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

C) As decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
D) O Poder Judiciário não pode anular as decisões do TCU, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

7. (OAB/Cespe – 2009.2) As agências reguladoras, na qualidade de autarquias,
A) estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo ministério a que se achem vinculadas, nos limites estabelecidos em lei;
B) podem ter suas decisões alteradas ou revistas por autoridades da administração a que se subordinem;
C) não dispõem de função normativa;
D) podem ser criadas por decreto.

8. (Procurador do TCE/GO – Esaf) Sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, a que se refere o artigo 70 da Constituição, é correto afirmar que ela:
A) será feita pelo sistema de controle interno de cada Poder exclusivamente sob o aspecto da legalidade;
B) se dará, por intermédio tanto do controle externo quanto do controle interno de cada Poder, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, reservando-se ao Poder Legislativo, por oportunidade da lei orçamentária anual, a verificação quanto à correção da aplicação das subvenções e renúncia de receitas;
C) se fará pelo sistema de controle externo, mas não pelo sistema de controle interno de cada Poder, quando se trate de verificar a legitimidade da aplicação das subvenções;
D) será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder;
E) abrangerá a legitimidade da deliberação do Congresso Nacional, por oportunidade da elaboração da lei orçamentária anual, quanto à concessão de subvenções e renúncias de receitas.

9. (Procurador do TCE/GO – Esaf) Sobre o Tribunal de Contas da União, é incorreto afirmar que
A) é de sua incumbência auxiliar o Congresso Nacional no encargo deste quanto ao exercício do controle externo referido à União;
B) é de sua competência apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório, sendo dispensável, nestes casos, quando se trate do ato de concessão inicial, assegurar-se ao interessado, previamente ao ato decisório da Corte de Contas, o contraditório e a ampla defesa, mesmo quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado;
C) é de sua competência apreciar e julgar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República;
D) é de sua competência fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
E) deve ele prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas, inclusive informações sigilosas ou relativas a despesa de natureza reservada.

17

PROCESSO ADMINISTRATIVO

17.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO NA CF/88

O princípio do devido processo legal está enunciado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A obrigatoriedade do devido processo não só é aplicável inicialmente à seara jurisdicional mas também vincula a Administração Pública e o Poder Legislativo. A exigência de observar-se um processo previsto na legislação relaciona-se com a noção de **legitimidade pelo procedimento**, segundo a qual, no moderno Estado de Direito, a validade das decisões praticadas pelos órgãos e agentes governamentais está condicionada ao cumprimento de um rito procedimental preestabelecido.

Interessante o observar que **são aplicáveis ao processo administrativo** os dois aspectos modernos do:

a) devido processo legal formal: consistente na obrigatoriedade de observância do **rito para a tomada de decisão**;

b) devido processo legal material ou substantivo: a **decisão final** do processo deve ser **razoável** e **proporcional**.

Além do devido processo legal, o art. 5º, LV, da Constituição Federal prescreve que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o **contraditório** e a **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes.

17.2 LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – N. 9.784/99

Com o objetivo de regulamentar a disciplina constitucional do processo administrativo, foi promulgada a **Lei n. 9.784**, de 29 de janeiro de 1999, estabelecendo "**normas básicas sobre o processo administrativo** no âmbito da Administração Federal direta e

A prova da Magistratura Federal da 3ª Região considerou INCORRETA a assertiva: "A Lei n. 9.784/99 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, aplicando-se subsidiariamente à administração estadual e municipal, em face da competência privativa da União para legislar sobre direito processual".

indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração".

Trata-se de uma lei aplicável exclusivamente ao âmbito da União, possuindo **natureza jurídica de lei federal** na medida em que não vincula Estados, Distrito Federal e Municípios. A Lei n. 9.784/99 também é aplicável ao Legislativo e ao Judiciário quando atuarem no exercício de **função atípica**.

A prova da Magistratura Federal da 3ª Região considerou CORRETA a assertiva: "A Lei n. 9.784/99 aplica-se, sem restrição, à administração pública federal, incluídos os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa, não se destinando à administração pública estadual e municipal".

Portanto, ficam a União e as demais entidades federais **proibidas de tomar decisões** que afetem interesses de terceiros **sem instauração de processo administrativo prévio** que garanta oportunidade de exercício do contraditório e da ampla defesa por parte dos interessados.

Nos itens seguintes, serão apresentadas as regras mais importantes da Lei n. 9.784/99, com uma reorganização para facilitar seu entendimento.

17.3 PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO?

É possível constatar que muitos doutrinadores utilizam as expressões "processo administrativo" e "procedimento administrativo" como sinônimas.

Porém, tecnicamente as duas locuções possuem significados diferentes. **Processo** é uma **relação jurídica**, razão pela qual "processo administrativo" significa o vínculo jurídico entre a Administração e o usuário, estabelecido para a tomada de uma decisão. Ao passo que **procedimento** administrativo é a **sequência ordenada de atos** tendentes à tomada da decisão.

Para o contexto de provas e concursos públicos, é recomendável utilizar a nomenclatura "processo administrativo" por se tratar da terminologia empregada pela Lei n. 9.784/99.

17.4 ESPÉCIES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os processos administrativos podem ser classificados em diversas categorias:[1]

1) internos ou externos: processos internos são aqueles instaurados dentro do ambiente estatal.[2] Exemplo: sindicância. Os externos são aqueles que envolvem particulares.[3] Exemplo: concurso público;

2) restritivos ou ampliativos: processos restritivos ou ablatórios são aqueles que impõem limitações à esfera privada de interesse.[4] Exemplo: interdição de

---

1 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 499.
2 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 499.
3 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 499.
4 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 499.

estabelecimento. Os processos restritivos dividem-se em meramente restritivos, como as revogações, e sancionadores, como a sindicância. Já os processos ampliativos são voltados à expansão da esfera privada de interesses. Exemplo: outorga de permissão de uso. Os processos ampliativos podem ser divididos em: a) de iniciativa do próprio interessado, como no pedido de licença; b) de iniciativa da Administração, como a licitação; c) concorrenciais, como o concurso público; d) simples ou não concorrenciais, como o pedido de autorização de uso.[5]

17.5 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99 enumera os "critérios" ou princípios informadores do processo administrativo. São eles:

a) legalidade: definida como o dever de atuação conforme a lei e o direito;

b) finalidade: atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

c) impessoalidade: objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

d) moralidade: atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

e) publicidade: divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

f) razoabilidade ou proporcionalidade: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

g) obrigatória motivação: indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

h) segurança jurídica: observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, bem como interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação;

i) informalismo: adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

j) gratuidade: proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

k) oficialidade ou impulso oficial: impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

l) contraditório e ampla defesa: garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

---

5 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo,* p. 499.

17.6 CONCEITOS DE ÓRGÃO, ENTIDADE E AUTORIDADE

Para os fins da Lei n. 9.784/99, o art. 1º, § 2º, estabelece três definições importantes:

Invertendo os conceitos de órgão e entidade, a prova da OAB Nacional 2009.1 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Considera-se entidade administrativa a unidade de atuação integrante da estrutura da administração direta".

a) órgão: a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

b) entidade: a **unidade de atuação dotada de personalidade jurídica**;

c) autoridade: o servidor ou agente público dotado de **poder de decisão**.

17.7 DIREITOS DO ADMINISTRADO

O termo "administrado" é utilizado em diversos dispositivos da Lei do Processo Administrativo. Porém, o emprego de tal nomenclatura vem caindo em desuso, isso porque transmite uma impressão de que o particular é objeto da atuação da Administração, é simplesmente "administrado" pelo Estado, e não um sujeito titular de direitos e deveres. Por isso, teria sido mais apropriado falar em usuário ou cidadão, terminologias mais condizentes com o papel, que os particulares exercem, de partícipes do processo decisório da Administração Pública moderna.

Sem prejuízo de outros que lhes sejam assegurados, os usuários possuem os seguintes direitos (art. 3º):

a) ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

b) ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

c) formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

d) fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

17.8 DEVERES DO ADMINISTRADO

Nos termos do art. 4º da Lei n. 9.784/99, são deveres do administrado, perante o Poder Público, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

a) expor os fatos conforme a verdade;

b) proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

c) não agir de modo temerário;

d) prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

17.9 INSTAURAÇÃO DO PROCESSO

A Administração Pública, ao contrário do Poder Judiciário, constitui um organismo estatal dinâmico, podendo sempre agir de ofício, isto é, sem necessidade de provocação.

Por isso, o art. 5º da Lei n. 9.784/99 afirma que o **processo administrativo** pode iniciar-se **de ofício** ou a **pedido do interessado**.

A prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido do interessado".

Como regra, o requerimento do interessado deve ser formulado por escrito, sendo obrigatória a indicação dos seguintes elementos: a) órgão ou autoridade administrativa a que se dirige; b) identificação do interessado ou de quem o represente; c) domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; d) formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos; e) data e assinatura do requerente ou de seu representante.

A Administração está proibida de recusar sem motivo o recebimento de documentos (art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99).

17.10 LEGITIMADOS PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO

O art. 9º da Lei n. 9.784/99 define como legitimados no processo administrativo:

a) **titulares dos direitos e interesses** que iniciem o processo, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas;

b) **terceiros interessados** que, sem terem iniciado o processo, possuem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

A prova da Magistratura/TO elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O processo administrativo em geral, no âmbito da União, pode ser instaurado de ofício ou por iniciativa dos interessados, entre os quais se incluem as pessoas e associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos".

c) **organizações e associações representativas**, no tocante a direitos e interesses coletivos;

d) **pessoas ou associações** legalmente constituídas quanto a direitos ou **interesses difusos**.

A prova da Magistratura/PI elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "No âmbito do processo administrativo, não há previsão de defesa de interesses difusos ou coletivos".

Importante destacar que a **capacidade**, para fins de processo administrativo, é conferida aos **maiores de dezoito anos**, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio (art. 10 da Lei n. 9.784/99).

A prova da OAB Nacional 2009.1 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezesseis anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio".

17.11 DA COMPETÊNCIA

Nos termos do art. 11 da Lei n. 9.784/99, a competência administrativa é irrenunciável e deve ser exercida pelo órgão legalmente habilitado para seu cumprimento, exceto nos casos de delegação e avocação.

A prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial".

Na delegação, um órgão administrativo ou seu titular **transferem temporariamente** parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

A prova da Procuradoria/DF considerou CORRETA a assertiva: "Não pode ser objeto de delegação a decisão de recursos administrativos".

Em nenhuma hipótese, podem ser objeto de delegação: a) a edição de atos de caráter normativo; b) a **decisão de recursos administrativos**; c) as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

A delegação é revogável a qualquer tempo por vontade unilateral da autoridade delegante.

Em sentido contrário, na avocação o órgão ou seu titular chamam para si, em caráter excepcional e temporário, competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Assim, pode-se concluir que delegação e avocação constituem exceções à regra geral da indelegabilidade de competências administrativas.

Por fim, cabe ressaltar que o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir (art. 17 da Lei n. 9.784/99).

17.12 IMPEDIMENTOS E SUSPEIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Para garantir a imparcialidade na tomada das decisões administrativas, a Lei n. 9.784/99 define regras de impedimento e de suspeição aplicáveis aos agentes públicos que atuarão nos processos administrativos.

A prova da OAB Nacional 2009.2 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O servidor que atue como perito em um processo administrativo pode exercer outras funções no mesmo processo, exceto a de julgar".

Fica impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: a) tenha interesse direto ou indireto na matéria; b) tenha participado ou venha a participar como **perito**, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; c) esteja litigando judicial ou administrativamente com o **interessado** ou respectivo cônjuge ou companheiro.

A prova da OAB Nacional 2008.2 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O servidor ou autoridade que esteja litigando, na esfera judicial, com o interessado em um processo administrativo que envolva as mesmas partes está impedido de atuar nesse processo".

Já os casos de suspeição relacionam-se com a condição da autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Nos termos do art. 21 da Lei n. 9.784/99, o indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

17.13 FORMA, TEMPO E LUGAR DOS ATOS DO PROCESSO

A **regra geral** é que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, exceto quando a lei expressamente a exigir, devendo ser **produzidos por escrito**, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

Os atos do processo administrativo devem ser **realizados em dias úteis**, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo.

Salvo disposição legal em contrário, os atos das autoridades e dos administrados participantes do processo devem ser **praticados no prazo de cinco dias**, salvo motivo de força maior.

Quanto ao lugar, os atos do processo devem ser realizados de preferência na sede do órgão competente, cientificando-se o interessado se outro for o local de realização.

17.14 COMUNICAÇÃO DOS ATOS

O órgão competente promoverá a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. A intimação deverá conter: a) identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; b) finalidade da intimação; c) data, hora e local em que deve comparecer; d) se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; e) informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; f) indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

A intimação pode ser efetuada mediante ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado. Já no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de **publicação oficial**.

A prova da OAB Nacional 2010.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Nos processos administrativos é admitida a intimação fictícia".

Importantíssimo destacar que o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado. Portanto, nos processos administrativos, **não há** os efeitos típicos da **revelia**.

A prova de Procurador de Aracaju elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "O desatendimento de intimação para apresentação de defesa em processo administrativo não importa no reconhecimento da verdade dos fatos".

17.15 INSTRUÇÃO DO PROCESSO

A **instrução do processo**, realizada para comprovar os fatos alegados, é promovida **de ofício**, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

São **inadmissíveis** no processo administrativo as **provas obtidas por meios ilícitos**.

Aplicando a mesma regra geral válida para os processos judiciais, cabe ao interessado o ônus de provar os fatos que tenha alegado.

Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Na hipótese em que deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso. Já no caso de um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Após o encerramento da instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

Se o órgão de instrução não for competente para emitir a decisão final, deverá elaborar relatório indicando o pedido inicial e o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.

Portanto, o **ato final** do processo administrativo normalmente não é a decisão, mas o **relatório** a ser encaminhado para a autoridade competente para decidir.

17.16 DEVER DE DECIDIR

A prova da OAB Nacional 2009.2 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "Caso a matéria discutida no processo administrativo se apresente bastante controversa e inquietante, a autoridade responsável poderá deixar de decidir e submeter o tema à apreciação do Poder Judiciário".

Obviamente, a Administração Pública tem o dever de emitir decisão expressa nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua **competência**. Não teria sentido ordenamento jurídico pátrio garantir o direito de petição aos administrados sem que houvesse, a cargo da Administração, o correlato dever de decidir.

Encerrada a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até **trinta dias** para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

A prova de Procurador de Aracaju elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Concluída a instrução de processo administrativo, a administração tem até 30 dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

17.17 DESISTÊNCIA

O art. 51 da Lei n. 9.784/99 afirma que o interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

17.18 RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Todas as decisões adotadas em processos administrativos podem ser objeto de recurso quanto a questões de legalidade e de mérito, devendo o recurso ser dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

O recurso administrativo tramitará no máximo por três **instâncias administrativas**, salvo disposição legal diversa (art. 57 da Lei n. 9.784/99).

A 13ª prova do Ministério Público do Trabalho considerou INCORRETA a assertiva: "O recurso administrativo, salvo disposição legal em contrário, tramitará no máximo por duas instâncias administrativas".

Os recursos administrativos podem ser interpostos pelos seguintes legitimados: a) os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; b) aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; c) as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; d) os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

Como regra geral, o **prazo para interposição** de recurso administrativo **é de dez dias**, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida, **devendo ser decidido**, exceto se a lei não fixar prazo diferente, **no prazo máximo de trinta dias**.

Salvo disposição legal em contrário, o recurso **não tem efeito suspensivo**.

A prova da Magistratura/DF considerou CORRETA a assertiva: "Em geral, o recurso não terá efeito suspensivo, salvo disposição legal em contrário, admitindo-se, todavia, que a autoridade recorrida, observados os requisitos legais, venha a conferir efeito suspensivo ao recurso".

O recurso não será conhecido quando interposto: a) fora do prazo; b) perante órgão incompetente; c) por quem não seja legitimado; d) após exaurida a esfera administrativa.

Processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada (art. 65 da Lei n. 9.784/99).

17.18.1 Permissão da *reformatio in pejus*

O art. 64 da Lei n. 9.784/99 assevera que "o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência". Desse modo, pode-se constatar que o dispositivo **não proíbe a *reformatio in pejus* nos processos administrativos**, isto é, não há impedimento a que a decisão do recurso agrave a situação do recorrente, exigindo-se apenas que ele seja cientificado para que formule suas alegações antes da **decisão**.

A prova da OAB Nacional 2010.1 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: "Nos processos administrativos admite-se a *reformatio in pejus*".

A prova da Magistratura/DF considerou INCORRETA a assertiva: "A decisão do recurso não poderá acarretar gravame à situação do recorrente".

17.19 DOS PRAZOS

Os arts. 66 e 67 da Lei n. 9.784/99 disciplinam a contagem de prazos nos processos administrativos.

A regra geral do art. 66 assegura que os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo. Já os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

17.20 QUESTÕES

1. (Agente Fiscal da CGU – Esaf) Decorrente da presença do poder hierárquico na Administração, afigura-se a questão da competência administrativa e sua delegação. Sobre o tema é correto afirmar, exceto:

A) a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos;
B) um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial;
C) o ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial;
D) a edição de ato de caráter normativo não pode ser objeto de delegação;
E) a decisão de recursos administrativos pode ser objeto de delegação.

2. (Agente Fiscal da CGU – Esaf) A respeito do processo administrativo disciplinar, é correto afirmar que:

A) como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração;
B) o prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá a sessenta dias, contados da oitiva do investigado, admitida a sua prorrogação por prazo não superior a trinta dias;
C) no inquérito, o servidor terá que acompanhar o processo pessoalmente;
D) mesmo que o fato narrado não configure evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia não poderá ser arquivada;
E) não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta, até o segundo grau.

3. (Agente Fiscal da CGU – Esaf) Assinale a opção correta, no que tange aos processos administrativos.

A) Os processos administrativos obrigatoriamente vão depender de forma determinada.
B) Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.
C) Os atos do processo devem realizar-se necessariamente na sede do órgão, cientificando-se o interessado.
D) O desatendimento da intimação importa o reconhecimento da verdade dos fatos e a renúncia a direitos pelo administrado.
E) Os atos do processo devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo, não podendo os atos serem praticados fora dessas condições.

4. (Auditor do INSS – Esaf) De modo geral, conforme previsto em lei, os processos administrativos, de que resultem sanções, poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes, susceptíveis de justificar a inadequação da penalidade aplicada, a qual poderá ser agravada, se for o caso, conforme o que resultar daquela revisão.

A) Correta a assertiva.
B) Incorreta a assertiva, porque só cabe revisão do processo a pedido do respectivo interessado.
C) Incorreta a assertiva, porque da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.
D) Incorreta a assertiva, porque a regra geral é de que os processos não podem ser revistos, em razão de fatos novos.
E) Incorreta a assertiva, porque a regra geral é de que os processos não podem ser revistos, em razão de superveniência de circunstâncias, mesmo se forem relevantes e susceptíveis de justificar a inadequação da penalidade aplicada.

5. (Procurador/DF – Esaf) Nos processos administrativos:

A) é direito da parte ser intimada de cada ato praticado, ter vista dos autos, obter cópia de documentos e conhecer os fundamentos da decisão e recorrer;
B) é lícito às partes confiar sua defesa a contador;
C) dispensa-se o contencioso, que só é obrigatório no processo judicial;

D) a decisão proferida em segundo grau faz coisa julgada;
E) a intimação é feita mediante publicação de editais.

6. (AGU/2006) O processo administrativo, em sentido amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de controvérsia no âmbito administrativo. Existem alguns princípios próprios do processo administrativo, dentre os quais o que assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração Pública, independentemente de provocação do administrado e, ainda, a possibilidade de impulsionar o processo adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução. Trata-se do seguinte princípio:

A) publicidade;
B) atipicidade;
C) oficialidade;
D) obediência à forma e aos procedimentos;
E) gratuidade.

7. (Procuradoria/RJ) Sobre o processo administrativo, analise as afirmativas a seguir:

I. Os recursos administrativos normalmente não são recebidos com efeito suspensivo, sendo possível a execução da decisão recorrida enquanto o recurso não for apreciado.

II. Em razão do princípio da informalidade, o processo administrativo não está sujeito às mesmas solenidades aplicadas ao processo judicial.

III. O processo administrativo, como regra, é impulsionado por provocação da parte interessada, sendo vedada a atuação de ofício da Administração Pública.

São verdadeiras somente as afirmativas:

A) I e II;
B) I e III;
C) II e III;
D) I, II e III;
E) nenhuma.

8. (Polícia Civil/RJ) Com relação aos princípios aplicáveis à Administração Pública, analise as afirmativas a seguir:

I. O princípio da motivação somente é exigido para as decisões administrativas dos tribunais.

II. A lesão ao princípio da moralidade administrativa justifica a propositura da ação popular.

III. Como regra, o princípio da segurança jurídica veda, nos processos administrativos, a aplicação retroativa por parte da Administração Pública de nova interpretação.

A(s) afirmativa(s) verdadeira(s) é/são somente:

A) I e II;
B) I e III;
C) II e III;
D) I, II e III;
E) III.

9. (Ministério Público/RJ) Com relação aos recursos administrativos e de acordo com o posicionamento doutrinário de Hely Lopes Meirelles, analise as afirmativas a seguir:

I. Inexistindo previsão expressa na lei, presume-se que o recurso administrativo não deve ser recebido no efeito suspensivo.

II. A coisa julgada administrativa não retira do interessado a possibilidade de provocar o controle judicial do ato impugnado.
III. O recurso administrativo que não é recebido no efeito suspensivo não interfere no prazo de prescrição administrativa.
São verdadeiras as afirmativas:

A) I e II;
B) I e III;
C) II e III;
D) I, II e III;
E) nenhuma.

10. (Advogado da Eletrobrás) No processo administrativo, admite-se a interposição de recursos administrativos. Sobre a matéria, analise as afirmativas a seguir:
I. Os recursos administrativos, como regra, não têm efeito suspensivo.
II. A coisa julgada administrativa significa que uma decisão administrativa se tornou definitiva no âmbito da Administração Pública.
III. De acordo com a Constituição, a parte interessada em um processo administrativo somente poderá acionar o Poder Judiciário após esgotar os recursos administrativos existentes na lei.
É/são verdadeira(s) somente a(s) afirmativa(s):

A) I e II;
B) I e III;
C) II e III;
D) I, II e III;
E) nenhuma.

11. (Advogado da Eletrobrás) Sobre o processo administrativo, é incorreto afirmar que:

A) o processo administrativo obedece ao princípio do informalismo que permite a simplificação dos atos processuais;
B) a instauração de qualquer processo administrativo depende de requerimento fundamentado da parte interessada;
C) as decisões proferidas nos processos administrativos devem ser fundamentadas sob pena de nulidade;
D) as decisões proferidas nos processos administrativos podem ser controladas pelo Poder Judiciário no aspecto da legalidade;
E) o pedido de reconsideração será apreciado pela mesma autoridade que praticou o ato.

12. (Advogado Eletronorte – 2006) Sobre o processo administrativo, analise as seguintes afirmativas:
I. Como regra, aplicam-se ao processo administrativo as mesmas solenidades existentes no processo judicial.
II. As decisões proferidas no processo administrativo devem ser motivadas.
III. Cada ente estatal deverá elaborar sua própria legislação sobre processo administrativo disciplinar aplicável aos seus servidores.

São verdadeiras somente as afirmativas:

A) I e II;
B) I e III;
C) II e III;
D) I, II, III;
E) nenhuma.

13. (PFN 2004 – Esaf) Sobre a delegação de competência administrativa, assinale a opção correta.

A) É possível a delegação da decisão de recursos administrativos, ainda que não o seja para atos de caráter normativo.
B) Em vista da necessidade de segurança jurídica aos atos da Administração, não se admite, em regra, que o ato de delegação seja revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.
C) Não há a necessidade, como regra, de que o ato de delegação e o de sua revogação sejam publicados no meio oficial.
D) As decisões adotadas por delegação consideram-se editadas pelo delegante.
E) Se não houver impedimento legal, e for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial, é possível a um órgão administrativo delegar parte de sua competência a outro órgão, ainda que este não lhe seja hierarquicamente subordinado.

14. (Analista Administrativo da Aneel) Têm (tem) legitimidade para interpor recurso administrativo, nos termos da Lei n. 9.784/99, exceto:

A) Os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo.
B) Aqueles cujos direitos forem indiretamente afetados pela decisão.
C) Os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.
D) O Ministério Público da União.
E) As organizações representativas, em se tratando de direitos e interesses coletivos.

15. (Analista Judiciário TRT/MT – Prova FCC) No que tange às normas relativas ao processo administrativo disciplinadas pela Lei n. 9.784/99, considere:

I. Em regra, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de dois dias, salvo motivo de força maior.
II. Pode ser arguida a suspeição de autoridade que tenha amizade íntima notória com algum dos interessados ou com os respectivos parentes e afins até o terceiro grau.
III. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.
IV. O administrado tem o direito de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Está correto o que se afirma APENAS em

A) I e II.
B) I, II e III.
C) I, III e IV.
D) II e III.
E) II e IV.

18

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000)

18.1 JUSTIFICATIVA

O estudo da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, não costuma fazer parte da grade curricular e nem constar da literatura especializada sobre Direito Administrativo, aproximando-se muito mais do campo de interesses do Direito Financeiro.

Entretanto, tem se tornado cada vez mais frequente nos editais de concurso público a inclusão da responsabilidade fiscal entre os temas exigidos na disciplina Direito Administrativo. Foi o que ocorreu, recentemente, no 88º Concurso de Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo, cujo edital publicado em 8 de abril de 2011 inseriu a Lei Complementar n. 101/2000 como matéria pertinente à prova de Administrativo.

Assim, visando auxiliar leitores interessados em prestar provas e concursos que exigem conhecimento da matéria, é conveniente abrir um capítulo específico neste Manual para tratar detalhadamente do tema.

18.2 BASES CONSTITUCIONAIS

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) foi promulgada para fins de regulamentar o art. 163 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

"Lei complementar disporá sobre:

I – finanças públicas;

II – dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III – concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV – emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V – fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;

VI – operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII – compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional".

A localização do referido dispositivo mostra que a LRF posiciona-se dentro do ordenamento jurídico, fixando **normas gerais sobre finanças públicas** cuja observância é **obrigatória para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**.

A LRF regulamenta também o art. 169 do Texto Maior:

"A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar".

Portanto, a Lei Complementar n. 101/2000 desdobra e cumpre uma dupla função atribuída pelo constituinte: estabelecer normas gerais em matéria de finanças públicas e criar limites ao gasto com funcionalismo público.

18.3 CONTEXTO HISTÓRICO

O endividamento público descontrolado, os gastos excessivos com pessoal engessando os orçamentos estatais e a concessão indiscriminada de vantagens fiscais sempre marcaram negativamente a administração pública brasileira.

Por essas razões, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 163, previu a necessidade de criação de uma lei voltada a inibir os malefícios de uma gestão financeira temerária.

A LRF, de acordo com o que enuncia sua exposição de motivos, foi concebida como **parte integrante** do **Programa de Estabilidade Fiscal**, que foi apresentado à sociedade brasileira em outubro de 1998 e tinha como objetivos **específicos**:

A prova de Auditor Fiscal da Receita Federal 2005 feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Observando-se o comportamento das finanças públicas, no Brasil, a partir de 1999, pode-se afirmar que houve a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, com a imposição de limites de gastos com pessoal para os três níveis de governo".

a) a drástica e veloz redução do déficit público;

b) a estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto;

c) criar um ambiente fiscal mais favorável;

A prova de Fiscal de Rendas da Sefaz/RJ 2010 feita pela FGV considerou CORRETA a afirmação: "A LRF criou obstáculos à capacidade de municípios ou estados endividados de conseguir financiamento junto a outros entes da federação".

d) reestruturar a dívida dos Estados e Municípios, fixando limites para o endividamento **público**;

e) estabelecer limites para a expansão de despesas continuadas;

f) reorganizar o sistema bancário estadual.

O integral cumprimento desses objetivos específicos do Programa de Estabilidade Fiscal foi considerado "condição necessária e suficiente para a consolidação

de um novo regime fiscal no país, compatível com a estabilidade de preços e o desenvolvimento sustentável".[1]

18.4 COMPATIBILIDADE COM A LEI N. 4.320/64

A Lei n. 4.320/64 estabelece o tratamento normativo das finanças públicas e cria regras gerais para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (art. 1º). O conteúdo da Lei n. 4.320/64 é bem mais abrangente do que o da Lei de Responsabilidade Fiscal, na medida em que dispõe sobre todos os institutos fundamentais do Direito Financeiro, tais como receita e despesa, disciplinando ainda todo o sistema orçamentário nacional.

Assim, não há qualquer incompatibilidade objetiva entre a Lei Complementar n. 101/2000 e a Lei n. 4.320/64, de modo que as duas permanecem integral e simultaneamente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

18.5 OBJETIVOS DA LRF E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE FISCAL

De acordo com o disposto no seu art. 1º, podem ser enumerados como **objetivo central** da Lei Complementar n. 101/2000 ao definirem normas de finanças públicas voltadas para a **responsabilidade na gestão fiscal**. Para tanto, o § 1º do referido artigo estabelece os seguintes **pressupostos** para a responsabilidade na gestão fiscal:

1) ação planejada e **transparente**;

2) prevenção de riscos;

3) correção de desvios capazes de afetar o **equilíbrio** das contas públicas;

4) cumprimento de metas e resultados entre receitas e despesas; e

5) obediência a limites quanto:

a) à renúncia de **receita**;

b) à geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras;

c) às dívidas consolidada e mobiliária;

d) às operações de crédito, inclusive por antecipação de receita;

e) à concessão de garantia;

f) à inscrição em Restos a **Pagar**.

A prova de Fiscal de Rendas da Sefaz/RJ 2010 feita pela FGV considerou CORRETA a afirmação: "A LRF trouxe maior transparência à gestão fiscal, à escrituração e consolidação das contas, aos relatórios a serem apresentados aos órgãos competentes, às prestações de contras e à fiscalização da gestão fiscal".

A prova de Analista da EBCT 2011 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A garantia de equilíbrio nas contas mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, com limites e condições para a renúncia de receita e para a geração de despesas, é um dos principais objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal".

A prova de Assistente do Ipajm 2010 pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "A Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2000, determinou o percentual do orçamento público que a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal podem destinar para o financiamento das campanhas eleitorais".

[1] Exposição de Motivos da Lei Complementar n. 101/2000.

18.6 NATUREZA JURÍDICA E ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LRF

A Lei de Responsabilidade Fiscal tem **natureza jurídica** de **lei nacional**, aplicando-se simultaneamente aos Três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive às respectivas administrações públicas diretas e indiretas (art. 2º, § 3º, da Lei Complementar n. 101/2000), mesmo quando houver prestação de serviços públicos mediante **terceirização**.

A prova da Magistratura do Trabalho do TRT da 2ª Região considerou INCORRETA a afirmação: "A Lei de Responsabilidade Fiscal não atinge o administrador público quanto aos serviços terceirizados, ficando este isento de qualquer responsabilidade".

18.7 CONCEITO DE RECEITA CORRENTE LÍQUIDA

Um dos mais importantes conceitos técnicos utilizados pela LRF é o de receita corrente líquida, assim considerada como **o somatório das receitas** tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, **deduzidos**: a) os valores constitucionalmente definidos como **repartição de receitas** entre as entidades federativas; b) o montante arrecadado com as **contribuições sociais** (arts. 195, I e II, e 239 da CF).

A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades (art. 2º, § 3º, da LRF).

18.8 PLANEJAMENTO E SISTEMA ORÇAMENTÁRIO NA LRF

O Capítulo II da Lei de Responsabilidade Fiscal é integralmente dedicado ao tema do planejamento orçamentário.

Adotando as bases do sistema orçamentário estabelecido pelo art. 165 da Constituição Federal, a LRF cria regras a respeito dos três tipos de leis orçamentárias existentes no Brasil: a) Plano Plurianual (PPA); b) Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); c) Lei Orçamentária Anual (LOA).

Nos termos do art. 165, § 1º, da CF, cabe ao **PPA** estabelecer, de forma regionalizada, as **diretrizes, objetivos e metas** da Administração Pública Federal **para as despesas de capital** e outras delas decorrentes, bem como para as relativas aos **programas de duração continuada**.

A **LDO** compreenderá as **metas e prioridades da Administração Pública** Federal, incluindo as despesas de capital **para o exercício financeiro subsequente**, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, § 2º, da CF).

Além disso, a LDO disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas; b) critérios e forma de limitação de empenho; c) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos; d) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas (art. 4º, I, da LC 101/2000).

ATENÇÃO: No projeto de LDO **Anexo de Metas Fiscais**, serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes; no **Anexo de Riscos Fiscais**, serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas **públicas**, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem (art. 4º, §§ 1º e 3º da LRF).

Quanto à **LOA**, o art. 165, § 5º, da Constituição Federal, determina que ela obrigatoriamente compreenderá:

a) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

18.9 PREVISÃO E ARRECADAÇÃO DA RECEITA PÚBLICA

Sem dúvida alguma, os dispositivos mais polêmicos da Lei de Responsabilidade Fiscal são os arts. de 11 a 13, que tratam da previsão e da arrecadação de receitas pelas entidades federativas.

Especialmente controvertida é a norma do art. 11, *in verbis:* "Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da **Federação**".

A prova de Advogado da Itaipu Binacional 2011 feita pela UFPR considerou CORRETA a afirmação: "A gestão fiscal responsável envolve a instituição, a previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência do ente da Federação".

O problema é que o legislador criou um dever para as entidades federativas de instituir e efetivamente arrecadar todos os tributos de sua competência. O parágrafo único, do mesmo art. 11, prevê ainda uma punição para o descumprimento do referido comando: "é vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos **impostos**". Ocorre que o art. 145 da Constituição Federal afirma que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios "podem" instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria.

A prova de Auditor Público do TCE/RS 2011 elaborada pela FMPRS considerou CORRETA a afirmação: "Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação, sendo vedada a realização de transferências correntes ao ente público que desobedecer a tal diretriz no que diz respeito aos impostos".

Ora, se a Constituição Federal define a competência tributária como uma mera faculdade, o legislador não pode transformar

o exercício dessa atribuição em um dever, ainda mais punindo a entidade federativa que o descumprir.

A prova da Magistratura Federal da 4ª Região 2010 considerou CORRETA a afirmação: "O art. 11 da Lei Complementar n. 101/2000 é de constitucionalidade questionável diante da regra de competência tributária privativa dos entes federados, mas a doutrina tende fortemente a admitir sua constitucionalidade, pois não imporia obrigação de exercício de competência tributária, mas apenas consequências de seu não exercício".

O art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal é flagrantemente inconstitucional. Esse é o entendimento majoritário na doutrina. Na maioria dos concursos públicos, predomina uma visão mais moderada, segundo a qual o dispositivo é considerado de questionável **constitucionalidade**.

Outra importante controvérsia envolve o § 2º do art. 12 da LRF: "o montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária". O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADIn 2.238-5**, concedeu medida liminar para atribuir interpretação conforme ao art. 167, III, da CF, com o objetivo de esclarecer que **a proibição não abrange operações de crédito autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade determinada, aprovados pelo Poder Legislativo**.

18.10 RENÚNCIA DE RECEITA

A LRF estabelece diversas restrições à outorga de incentivos fiscais, considerados pela lei como renúncia de receita. A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, bem como outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado (art. 14, § 1º).

Após a promulgação da LRF, qualquer incentivo fiscal enquadrado nas hipóteses acima mencionadas deve ser considerado ilegítimo, exceto se preencher os requisitos previstos no art. 14 da Lei.

Assim, para mostrar-se compatível com as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, a renúncia de receita deverá atender aos seguintes requisitos:

1) ser acompanhada de uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois **subsequentes**;

A prova de Auditor Público do TCE/RS 2011 elaborada pela FMPRS considerou INCORRETA a afirmação: "A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício do qual decorra renúncia de despesas deverá estar acompanhada de estimativa do impacto financeiro-orçamentário relativo ao exercício financeiro em que deva iniciar a sua vigência e aos três exercícios financeiros seguintes a este".

2) cumprir o disposto na lei de diretrizes orçamentárias;

3) enquadrar-se em pelo menos uma das seguintes condições:

a) demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de

receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstos no anexo próprio da lei de diretrizes **orçamentárias**;

b) estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

A prova de Analista da Seplag/DF 2009 feita pela Funiversa considerou CORRETA a afirmação: "A Lei de Responsabilidade Fiscal determina que é necessário, para que haja a renúncia de receita, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e, pelo menos, a demonstração, pelo proponente, de que a renúncia foi considerada na estimativa da receita da lei orçamentária anual e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstos no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias".

A concessão de **incentivo fiscal sem observar as condições exigidas** pela Lei de Responsabilidade Fiscal constitui ato de **improbidade administrativa que causa lesão ao erário**, enquadrado no art. 10 da Lei n. 8.429/92.

Importante destacar que, nos termos do § 3º do art. 14 da LRF, não são considerados como renúncia de receita:

1) alterações das alíquotas de II (Imposto sobre Importação), IE (Imposto sobre Exportação), IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) e IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), previstas no art. 153, § 1º, da CF;

2) o cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

18.11 GERAÇÃO DE DESPESA PÚBLICA

Além de restringir a renúncia de receitas, a LRF cria também regras de limitação para geração de gastos ou despesas públicas. Daí o art. 15 declarar que "serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17".

De acordo com o art. 16 da LRF, a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

18.12 DESPESA OBRIGATÓRIA DE CARÁTER CONTINUADO

Considera-se despesa corrente obrigatória de caráter continuado a despesa derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua **execução por um período superior a dois exercícios** (art. 17).

A prova de Promotor de Justiça/GO 2009 considerou CORRETA a afirmação: "Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios".

A prova do Detran/ES 2010 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Se uma despesa for criada por prazo determinado, tendo sido atendidos todos os requisitos legais, sua eventual prorrogação não precisará ser precedida das medidas compensatórias previstas pela lei de responsabilidade fiscal, desde que essa prorrogação aconteça também por prazo determinado".

Os atos que criarem ou aumentarem despesas serão acompanhados de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de **despesa**.

18.13 DESPESAS COM PESSOAL

As regras mais importantes da LRF, para provas e concursos públicos, são as que estabelecem os limites máximos para despesa total com pessoal (arts. 18 a 25).

Entende-se como despesa total com pessoal "o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência" (art. 18).

A apuração da despesa total com pessoal será feita somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência (art. 18, § 2º).

Nos termos do art. 19 da LRF, os índices máximos da despesa com pessoal são os seguintes:

A prova de Promotor de Justiça/SE 2010 feita pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "A despesa total com pessoal nos estados e municípios não pode exceder 60% da receita corrente líquida respectiva".

a) União: 50%;

b) Estados: **60%**;

c) Municípios: 60%.

A repartição dos limites globais poderá exceder os seguintes percentuais (art. 20):

I – na esfera federal:

a) 2,5% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% para o Judiciário;

c) 40,9% para o Executivo;

d) 0,6% para o Ministério Público da União.

A prova de Técnico de Contabilidade Pública 2009 feita pela Unirio considerou CORRETA a afirmação: "O limite da despesa com pessoal estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal na esfera estadual no Poder Legislativo é 3% da receita corrente líquida".

II – na esfera estadual:

a) 3% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do **Estado**;

b) 6% para o Judiciário;

c) 49% para o Executivo;

d) 2% para o Ministério Público dos Estados.

III – na esfera municipal:

a) 6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% para o Executivo.

18.14 CONTROLE DA DESPESA TOTAL COM PESSOAL

O art. 22 da LRF define vedações para a hipótese de a despesa total com pessoal superar 95% dos limites acima mencionados, hipótese em que ficam proibidos:

1) concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inc. X do art. 37 da Constituição;

2) criação de cargo, emprego ou função;

3) alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

4) provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

5) contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inc. II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes **orçamentárias**.

A prova de Procurador do TCE/AP 2010 feita pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Se a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, NÃO será vedado ao Poder ou órgão referido nesta Lei que houver incorrido no excesso extinguir cargo ou função".

Os §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda n. 19/98, preveem a possibilidade de, não sendo reduzidos os gastos com pessoal aos limites referidos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarem as seguintes providências: a) redução em pelo menos 25% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; b) exoneração dos servidores não estáveis. Se as medidas adotadas não forem suficientes, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou a unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, § 4º, da CF).

Finalmente, não alcançada a redução de gastos no prazo estabelecido e enquanto perdurar o excesso, a entidade federativa não poderá (art. 23, § 3º, da LRF):

1) receber transferências voluntárias;

2) obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;

3) contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem a redução das despesas com pessoal.

É nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão (art. 21, parágrafo único, da LRF).

A prova de Analista Judiciário do TER/AP 2011 pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Segundo a Lei da Responsabilidade Fiscal, é vedado ao Chefe do Poder Executivo contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro de um determinado prazo do último ano de seu mandato ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. Esse prazo corresponde aos dois últimos quadrimestres do ano".

O art. 41 da LRF prescreve que: é vedado ao titular de Poder ou órgão, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este **efeito**.

18.15 QUESTÕES

1. (Magistratura/TO – 2007 – Cespe) Acerca da Lei n. 8.884/1994 e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), assinale a opção incorreta.

A) A recusa de venda de bens ou de prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais, caracteriza infração à ordem econômica.
B) Para os fins da LRF, considera-se empresa controlada a sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação, e empresa estatal dependente a empresa controlada que receba do controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.
C) Compete à Secretaria de Direito Econômico remeter ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica.
D) A certidão emitida pelo tribunal de contas, em favor do município, não é requisito para a liberação de recursos financeiros relativos a convênio celebrado entre a municipalidade e o Estado com o objetivo de auxiliar financeiramente a manutenção e o desenvolvimento do ensino fundamental público.

2. (Auditor Público Externo – TCE/RS – 2011 – FMPRS)

Examine as proposições abaixo e escolha a alternativa correta.

I. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

II. A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores e encontra limites na Lei de Responsabilidade Fiscal.

III. A despesa total com pessoal dos Estados e do Distrito Federal não poderá exceder a 50% de sua receita corrente líquida.

A) Somente a afirmativa I está correta.
B) Somente a afirmativa II está correta.
C) Somente a alternativa III está correta.
D) Somente as afirmativas I e II estão corretas.
E) Somente as alternativas I e III estão corretas.

3. (Analista Judiciário – Área Administrativa – 2011 – TRE-AP – FCC) Constituem peças importantes para a avaliação do desempenho do ente público no tocante à arrecadação de receitas e execução de despesas, criados pela Lei da Responsabilidade Fiscal:

A) Anexo de Metas Fiscais e Anexo de Riscos Fiscais.
B) Relatório de Variação das Disponibilidades de Caixa no Exercício e Demonstração das Variações Patrimoniais.
C) Balanço Financeiro e Balanço Patrimonial.
D) Balanço Orçamentário e Balanço Extraorçamentário.
E) Relatório Resumido da Execução Orçamentária e Relatório da Gestão Fiscal.

4. (Magistratura/DF – 2007) Acerca da Lei de Responsabilidade Fiscal, assinale a alternativa correta:

A) Considera-se despesa obrigatória de caráter continuado aquela decorrente de contrato administrativo cujo prazo de execução seja superior a dois exercícios.
B) A declaração do ordenador de despesa de que a ação governamental tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual, compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias e a estimativa de impacto orçamentário são condições prévias para a desapropriação de imóveis urbanos na forma do art. 182, § 3º da Constituição.
C) Para a verificação dos limites de gastos com despesas de pessoal não serão computadas as despesas decorrentes de decisões judiciais e da competência do mesmo período da apuração.
D) O não cumprimento do limite de gastos com despesa de pessoal determina a imediata suspensão de todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

5. (Analista Judiciário – TRT/RS – 2011 – FCC) Com relação à despesa pública, no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal, é correto afirmar que

A) É proibida qualquer despesa corrente de caráter continuado, mesmo derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo por um período superior a quatro exercícios.
B) Sempre que o Tribunal de Contas da União não promova a redução de despesas no prazo estabelecido no art. 9º (trinta dias subsequentes a relatório bimestral que demonstre deficiência de receita para cumprir metas), o Poder Judiciário está autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.
C) Toda despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios é considerada obrigatória de caráter continuado.
D) A verificação dos cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada ente da Federação e de cada Poder é competência dos respectivos Poderes Executivos Estaduais.
E) O montante da despesa de capital constante no projeto de lei orçamentária não limita a contratação de operações de crédito pelo ente da Federação.

6. (Promotor/RO – 2010 – Cespe) A legislação vigente sobre responsabilidade fiscal contempla aspectos importantes da política tributária. Acerca desse assunto, assinale a opção correta.

A) Os municípios, respeitando-se a sua autonomia financeira, estão obrigados a instituir e prever, mas não a arrecadar, todos os tributos que são de sua competência constitucional.
B) Nos estados, admite-se a majoração ou criação de tributos, bem como a elevação de alíquotas, para custear despesas criadas por lei e que devam ser executadas ao longo de um período de três anos.

C) Em razão da repartição de receitas tributárias com os demais entes federados, os recursos advindos dos impostos não são computados para fins de apuração da receita corrente líquida da União.
D) O Poder Legislativo municipal está autorizado a reestimar a previsão das receitas de taxas ou impostos feita pelo Poder Executivo, no âmbito da tramitação da respectiva lei orçamentária anual, desde que haja prévia manifestação do tribunal de contas.
E) É vedada a realização de transferências voluntárias ao município que não instituir legalmente determinada taxa, em razão do exercício do poder de polícia.

7. (Analista Judiciário – TRT/MT – 2011 – FCC) É um dos dispositivos mais importantes da Lei de Responsabilidade Fiscal:
A) O não cumprimento das metas de resultado primário ou nominal implica na limitação de empenho e movimentação financeira do ente público.
B) O impedimento de criação de despesas obrigatórias de caráter continuado, mesmo na existência de recursos para seu custeio.
C) A garantia a cada ente público do direito discricionário de criação de limites para a despesa total de pessoal, a qual, entretanto, não poderá ser superior a 50% de sua receita líquida corrente.
D) A proibição expressa de destinação de recursos do ente público para cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas.
E) A permissão para o Banco Central do Brasil emitir títulos da dívida pública com a finalidade de financiamento dos gastos da União.

8. (Promotor/RO – 2010 – Cespe) Tendo como base a Lei de Responsabilidade Fiscal, assinale a opção correta.
A) Tratando-se de ações de educação, saúde e assistência social, não se podem aplicar sanções de suspensão de transferências voluntárias a determinado ente federativo.
B) A despesa total com pessoal em cada período de apuração, nos estados, não poderá exceder 50% da receita corrente líquida.
C) Na repartição dos limites globais de gastos com pessoal, na esfera estadual, cabe ao Poder Legislativo, incluído o tribunal de contas do estado, o percentual de 2,5%.
D) A lei em questão não estipula prazo para os tribunais de contas emitirem parecer prévio conclusivo sobre as contas dos entes federativos e de seus poderes, mas existe previsão que veda o recesso na hipótese de existirem contas com pendência de parecer.
E) A lei orçamentária poderá consignar crédito com dotação ilimitada desde que tenha sido especificada sua finalidade e tal crédito esteja previsto no plano plurianual.

9. (Analista Judiciário – TRT/MT – 2011 – FCC) Segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal, deverá constar na Lei Orçamentária Anual:
A) Anexo de Metas Fiscais.
B) Política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.
C) Reserva de Contingência.
D) Anexo de Riscos Fiscais.
E) Créditos com dotação ilimitada, desde que autorizados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

10. (Procurador do Município de Teresina – 2010 – FCC) O Município possui autonomia para o exercício da sua competência tributária, inclusive para concessão de isenção relativamente a seus tributos. Sobre este fato deve ser considerado que

A) A concessão de isenção deve vir prevista na lei orçamentária anual para poder ser efetivada, devendo, portanto obediência à anualidade tributária.
B) A isenção enquanto causa de exclusão do crédito tributário depende unicamente da decisão política municipal, bastando a lei municipal concessiva.
C) O Código Tributário Nacional foi derrogado pela Lei de Responsabilidade Fiscal relativamente à disciplina da isenção, considerada atualmente renúncia de receita e não mais causa de exclusão do crédito tributário.
D) A isenção é renúncia de receita e, como tal, além dos requisitos para sua concessão, previstos no Código Tributário Nacional, deve também prever as exigências previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal quando for em caráter não geral.
E) A previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal de exigência de medidas específicas para concessão de isenção é inconstitucional por ferir a autonomia municipal e também dos demais entes federados.

11. (Analista de Planejamento da Seplag/DF – 2009 – Funiversa) O Poder Executivo de um município, visando superar a escassez de recursos e atrair novos investimentos para o seu território, com expectativa de expandir o emprego e a receita tributária futura, encaminhou projeto de lei à casa legislativa, que aprovou regime diferenciado no recolhimento do tributo de IPTU pelas empresas novas que se instalassem em seu território. O regime diferenciado, então, propiciou a chegada de novas empresas, que recolheram mensalmente menos tributo do que seria devido se não houvesse o benefício fiscal. Considerando que houve, nessa situação hipotética, um aumento na receita derivada global para a unidade da Federação, dado que novas empresas acabaram por se instalar na região para usufruir do regime diferenciado, assinale a alternativa correta.

A) A política adotada aufere mais receita para a unidade da Federação e, por isso, não se pode considerar que houve renúncia de receita.
B) A receita auferida não tem natureza tributária, não podendo ser considerada como receita derivada.
C) A renúncia de receita não é matéria com que a Lei de Responsabilidade Fiscal se preocupe.
D) A Lei de Responsabilidade Fiscal não se aplica aos municípios.
E) A receita do tributo é classificada como derivada, e há renúncia de receita.

12. (Procurador do TCE/AP – 2010 – FCC) Os restos a pagar

A) Podem ser definidos como despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro.
B) Constituem prática proibida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.
C) Podem ser realizados apenas dentro do mandato do Chefe do Executivo, estando proibidos, portanto, no último ano.
D) Serão admitidos quando não houver disponibilidade de caixa para pagamento dentro do exercício em que estava prevista a despesa.
E) Devem constar no exercício seguinte com dotação de crédito adicional.

13. (Analista Judiciário – TER/RN – 2011 – FCC) Com relação aos princípios da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101/2000, assinale a afirmativa INCORRETA.

A) Se for constatado que, ao final de um bimestre, a realização da receita não permitirá o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

B) Segundo a LRF, o montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária.
C) O Poder Executivo deve estabelecer a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.
D) A LRF determina que os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.
E) É considerada obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de ato normativo que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a três exercícios.

14. (Auditor do TCE/RO – 2010 – FCC) Considere as afirmações a seguir, relativas ao processo de planejamento e orçamento previsto na Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000):
I. O Plano Plurianual de Investimentos deverá estabelecer as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública federal para as despesas de capital de forma centralizada.
II. A Lei Orçamentária Anual disporá sobre as alterações na legislação tributária a viger durante o exercício a que se referir.
III. A Lei das Diretrizes Orçamentárias tem, entre suas atribuições, a de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.
IV. O Plano Plurianual tem a vigência de quatro anos, iniciando-se no segundo ano do mandato do Chefe do Poder Executivo e terminando no primeiro ano do mandato de seu sucessor.
Está correto o que se afirma APENAS em
A) I e II.
B) I e III.
C) II e III.
D) II e IV.
E) III e IV.

15. (Analista Judiciário – TER/TO – 2011 – FCC) As despesas com pessoal nos Estados, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) NÃO podem exceder
A) 50% de sua receita corrente líquida.
B) 60% de sua receita corrente líquida.
C) 50% de sua receita corrente bruta.
D) 60% de sua receita corrente bruta.
E) 55% de sua receita corrente bruta.

16. (Delegado/DF – 2009 – Funiversa) Estado da Federação editou lei concedendo incentivo fiscal para determinado setor da atividade econômica. A respeito dessa situação, é correto afirmar que
A) O incentivo fiscal concedido segue a regra que dispuser cada entidade da Federação, não havendo regra geral a ser observada.
B) A Lei de Responsabilidade Fiscal denomina a concessão do incentivo fiscal como renúncia de receita, mesmo que a receita global venha a ser acrescida com a política adotada.
C) Nem todos os benefícios fiscais são considerados como renúncia de receita, como é o caso da anistia fiscal.

D) O incentivo fiscal pode ser concedido durante a execução da lei orçamentária anual sem previsão anterior.
E) O poder de renunciar aos tributos de sua competência advém do poder de tributar, e essa renúncia deve ser concedida mediante lei geral que regule qualquer matéria.

17. (Procurador do Estado/AM – 2010 – FCC) Ao se referir a restos a pagar a Lei de Responsabilidade Fiscal afirma que é vedado ao titular de Poder ou órgão mencionado na referida lei, contrair obrigação de despesa,

A) Nos últimos dois bimestres do seu mandato, que não possa ser cumprida até o último dia do penúltimo mês do exercício, ainda que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito, sendo que, na determinação da disponibilidade de caixa, serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.
B) Nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito, sendo que, na determinação da disponibilidade de caixa, serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.
C) No último ano do seu mandato, que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito, sendo que, na determinação da disponibilidade de caixa, serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício seguinte.
D) Até o penúltimo quadrimestre do seu mandato, que venha a ser cumprida no exercício financeiro seguinte, sendo que, na determinação da disponibilidade de caixa, não serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar no referido exercício financeiro e no seguinte.
E) Nos últimos três trimestres do seu mandato, que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, ainda que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito, sendo que, na determinação da disponibilidade de caixa, serão consideradas as despesas com pessoal a pagar até o final do exercício financeiro.

18. (Procurador do TCM/RJ – 2008 – FGV) Com base na Lei de Responsabilidade Fiscal, em relação à Receita Pública, assinale a afirmativa incorreta.

A) As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico. Neste último caso, não serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.
B) Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.
C) A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada, entre outros, de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes.
D) A renúncia de receita compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.
E) O Poder Executivo de cada ente colocará à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias, os estudos e as estimativas das receitas para o exercício subsequente, inclusive da corrente líquida, e as respectivas memórias de cálculo.

19. (Ministério Público/PE – 2002 – FCC) Em matéria de gestão fiscal, que deve ser observada pelo Poder Público, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 04.05.2000), diz-se que

A) Não integra a receita corrente líquida, que deve ser arrecadada em doze meses, entre outras, a receita industrial, a exemplo da extração mineral, a receita agropecuária, como a silvicultura, e a receita de serviços diversos, a título de armazenagem.
B) A transparência dessa gestão patrimonial será assegurada pelos órgãos públicos e pelos meios eletrônicos de acesso público, vedado o incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas.
C) A renúncia de receita compreende, dentre outras, o crédito presumido, o subsídio e a modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições.
D) Constituem requisitos essenciais da responsabilidade dessa gestão fiscal a instituição, a imunidade, a arrecadação, a isenção de caráter geral dos impostos, excluídas as taxas e as contribuições de melhoria e sociais.
E) O Poder Executivo, a seu critério, poderá colocar à disposição do Poder Legislativo e do Ministério Público, em qualquer momento, os estudos e as estimativas das receitas para o exercício subsequente, e as memórias de cálculo, salvo a receita corrente líquida.

20. (Auditor da Receita Federal – 2005 – Esaf) Com relação à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), não se pode afirmar que:

A) Os instrumentos preconizados pela LRF para o planejamento do gasto público são os mesmos adotados na Constituição Federal: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei do Orçamento Anual.
B) A LRF traz uma nova noção de equilíbrio às chamadas "contas primárias", traduzido no Resultado Primário equilibrado.
C) A partir da vigência da LRF, a concessão dos chamados incentivos fiscais deverão atender, não só o que dispuser a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), mas ainda demonstrar que a renúncia dela decorrente foi considerada ao se estimar a receita do orçamento e que não afetará as metas fiscais previstas na LDO.
D) A LRF atribui, à contabilidade pública, novas funções no controle orçamentário e financeiro, garantindo-lhe um caráter mais gerencial.
E) O Anexo dos Riscos Fiscais introduzidos pela LRF destaca fatos que impactarão os resultados fiscais estabelecidos para os exercícios seguintes.

21. (Auditor da Receita Federal – 2005 – Esaf) Com relação às transações tipicamente fiscais, às Necessidades de Financiamento do Setor Público (NFSP) e à Dívida Pública, identifique a única opção errada.

A) As transações tipicamente fiscais são aquelas que afetam diretamente o resultado da administração pública, especialmente as que envolvem fluxos registrados nos orçamentos.
B) A Lei de Responsabilidade Fiscal exige que sejam apurados dois resultados fiscais: resultado primário e resultado operacional.
C) No Brasil, as NFSPs (Necessidade de Financiamento do Setor Público) são medidas pelo conceito "acima da linha", a partir de mudanças no valor do endividamento público.
D) Segundo a ótica de apuração da Dívida Líquida do Setor Público pelo conceito "abaixo da linha" identificam-se as posições patrimoniais e suas alterações anuais.
E) As NFSPs correspondem à variação nominal do endividamento do setor público não financeiro junto ao sistema financeiro e ao setor privado, doméstico ou do resto do mundo.

GABARITO

CAPÍTULO 1

1. D / **2.** C / **3.** A / **4.** A / **5.** D / **6.** C

7. E. CUIDADO: O examinador considerou que o objeto dos atos administrativos, isto é, seu conteúdo pode estar simplesmente "autorizado em lei".

8. E. A administração gerencial, ou governança consensual, defende uma atuação pública baseada na eficiência, no controle de metas e fins. Já a administração burocrática envolve controle sobre meios, sobre processo. Legalidade e moralidade são controles sobre a forma, daí estar correta a letra E. Questão dificílima.

9. C / **10.** B / **11.** D / **12.** B / **13.** C / **14.** C / **15.** E / **16.** D / **17.** C / **18.** A / **19.** C / **20.** D

CAPÍTULO 2

1. C / **2.** B / **3.** A / **4.** D / **5.** B / **6.** B / **7.** C / **8.** C / **9.** A / **10.** A / **11.** D / **12.** B / **13.** B / **14.** A / **15.** A / **16.** C / **17.** E / **18.** A / **19.** B

CAPÍTULO 3

1. C, C, E, C / **2.** B / **3.** A / **4.** A / **5.** B / **6.** A / **7.** E / **8.** A / **9.** D / **10.** E / **11.** B / **12.** D / **13.** E / **14.** B / **15.** B / **16.** B / **17.** C / **18.** A / **19.** B / **20.** E / **21.** C / **22.** D / **23.** D / **24.** D / **25.** A / **26.** A / **27.** B / **28.** A / **29.** D / **30.** D / **31.** A / **32.** B

CAPÍTULO 4

1. B / **2.** D / **3.** F, F, F, V, V / **4.** C / **5.** D / **6.** B / **7.** C / **8.** C / **9.** C / **10.** B / **11.** C / **12.** C / **13.** E / **14.** C / **15.** D / **16.** E / **17.** C / **18.** C / **19.** C / **20.** A / **21.** D / **22.** C / **23.** A / **24.** E / **25.** D / **26.** B / **27.** B / **28.** D / **29.** B / **30.** D / **31.** D / **32.** B / **33.** A / **34.** A / **35.** C / **36.** D / **37.** D / **38.** C / **39.** C / **40.** D / **41.** C / **42.** E / **43.** C / **44.** A / **45.** C. O embasamento da resposta está no seguinte julgado: "CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E

PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I – O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II – Agravo regimental improvido" (AgI 592075 AgRg/SP, Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 19-5-2009, Órgão Julgador: 1ª Turma).

46. A / **47.** A (a única correta é a assertiva IV) / **48.** A / **49.** D

CAPÍTULO 5

1. C / **2.** D / **3.** A / **4.** B / **5.** B / **6.** D / **7.** D / **8.** B / **9.** D / **10.** D / **11.** C / **12.** C / **13.** D / **14.** B / **15.** C / **16.** A / **17.** D / **18.** A / **19.** A / **20.** A / **21.** A / **22.** D / **23.** A / **24.** A / **25.** E / **26.** C / **27.** C / **28.** A / **29.** B / **30.** B / **31.** C / **32.** A / **33.** B / **34.** A

CAPÍTULO 6

1. E / **2.** A / **3.** C

4. B. Questão bastante complexa elaborada pela Esaf exigia do candidato lembrar que a Caixa Econômica Federal – CEF é empresa pública exploradora de atividade econômica e, nessa condição, submete-se à teoria subjetiva. A Funasa e a Anatel são entidades autárquicas. A Rede Globo e a Telemar são concessionárias de serviço público.

5. 1 Verdadeiro, 2 Falso, 3 Falso, 4 Falso, 5 Verdadeiro / **6.** A / **7.** A / **8.** 1 Falso, 2 Verdadeiro, 3 Verdadeiro, 4 Falso / **9.** A / **10.** B / **11.** C / **12.** D / **13.** A / **14.** A / **15.** C / **16.** A / **17.** E / **18.** A / **19.** B / **20.** A / **21.** A / **22.** A / **23.** E / **24.** D / **25.** D / **26.** C / **27.** D / **28.** B / **29.** C / **30.** D / **31.** B

CAPÍTULO 7

1. B / **2.** C / **3.** C / **4.** E / **5.** D / **6.** C / **7.** D / **8.** E / **9.** A / **10.** B / **11.** D / **12.** D / **13.** B / **14.** E / **15.** A / **16.** D / **17.** B / **18.** A / **19.** D / **20.** D / **21.** B / **22.** A / **23.** A / **24.** A / **25.** B / **26.** A / **27.** C / **28.** A / **29.** B / **30.** E / **31.** B (*vide* art. 23, § 3º, da Lei n. 8.666/93) / **32.** E / **33.** D / **34.** D (*vide* art. 48, § 2º, da Lei n. 8.666/93) / **35.** E / **36.** B

CAPÍTULO 8

1. B / **2.** D / **3.** B / **4.** Todos verdadeiros / **5.** E / **6.** B / **7.** B / **8.** D / **9.** E / **10.** A / **11.** B / **12.** A / **13.** A / **14.** C / **15.** A / **16.** C / **17.** A / **18.** B / **19.** C / **20.** A / **21.** D / **22.** A / **23.** A / **24.** D / **25.** D / **26.** B / **27.** A / **28.** A / **29.** D / **30.** B / **31.** D / **32.** A / **33.** E / **34.** C / **35.** A / **36.** A / **37.** D / **38.** A / **39.** D / **40.** E / **41.** B / **42.** C / **43.** D

CAPÍTULO 9

1. C / **2.** C / **3.** A / **4.** Verdadeiro, Verdadeiro, Falso, Verdadeiro, Falso / **5.** B / **6.** C / **7.** A / **8.** E / **9.** B / **10.** D / **11.** A / **12.** A / **13.** A / **14.** B / **15.** C / **16.** Todos falsos / **17.** Certo / **18.** B / **19.** D / **20.** Todos certos / **21.** B / **22.** A / **23.** D / **24.** B / **25.** B / **26.** B / **27.** C / **28.** B / **29.** E / **30.** B / **31.** B / **32.** C / **33.** E / **34.** D / **35.** D / **36.** B / **37.** B / **38.** B / **39.** D / **40.** D / **41.** D / **42.** B / **43.** A / **44.** E / **45.** C / **46.** A / **47.** B / **48.** D / **49.** A / **50.** D / **51.** D / **52.** B / **53.** C / **54.** A

CAPÍTULO 10

1. B / **2.** A / **3.** E / **4.** E / **5.** E / **6.** Errada, Certa, Certa / **7.** C / **8.** D / **9.** C / **10.** B / **11.** D / **12.** A / **13.** B / **14.** Errada / **15.** Certa / **16.** A / **17.** D / **18.** C / **19.** D / **20.** B / **21.** A / **22.** D / **23.** C / **24.** D / **25.** D / **26.** C

CAPÍTULO 12

1. C / **2.** B / **3.** Certa, Errada / **4.** E / **5.** E / **6.** B / **7.** A / **8.** E / **9.** 18 Errada, 19 Errada / **10.** 20 Errada, 21 Errada / **11.** E / **12.** C / **13.** A / **14.** C / **15.** A / **16.** D / **17.** C / **18.** A / **19.** D / **20.** D / **21.** D / **22.** D / **23.** D / **24.** A / **25.** C / **26.** A

CAPÍTULO 13

1. C / **2.** D / **3.** D / **4.** B / **5.** C / **6.** B / **7.** D / **8.** D / **9.** C / **10.** D / **11.** B / **12.** C / **13.** D / **14.** A / **15.** Errada, Certa / **16.** D / **17.** C / **18.** A / **19.** A / **20.** D / **21.** E / **22.** Errada, Errada, Certa

CAPÍTULO 14

1. D / **2.** C / **3.** A / **4.** D

CAPÍTULO 15

1. D / **2.** B / **3.** B / **4.** A / **5.** D / **6.** B / **7.** B

CAPÍTULO 16

1. B / **2.** A / **3.** Falso, Falso, Verdadeiro, Verdadeiro, Verdadeiro / **4.** B / **5.** B / **6.** C / **7.** A / **8.** D / **9.** C

CAPÍTULO 17

1. E / **2.** A / **3.** B / **4.** C / **5.** A / **6.** C / **7.** A / **8.** C / **9.** D / **10.** A / **11.** B / **12.** C / **13.** E / **14.** D / **15.** D

CAPÍTULO 18

1. A / **2.** D / **3.** A / **4.** B / **5.** C / **6.** B / **7.** A / **8.** A / **9.** C / **10.** D / **11.** E / **12.** A / **13.** E / **14.** E / **15.** B / **16.** B / **17.** B / **18.** A / **19.** C/ **20.** E / **21.** C

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

ALESSI, Renato. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *Sistema istituzionale de diritto italiano.* Milano: Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUBY, Jean-Marie. *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*. Paris: Éditions A. Pedone, 1951.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria general del derecho.* 3. reimpr. de la 2. ed. Bogotá: Temis, 1999.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora da UnB, 1999.

CAETANO, Marcello. *Tratado elementar de direito administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1943. v. 1.

CANAS, Vitorino. Relação jurídico-pública. In: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 1996. v. 7.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DICIONÁRIO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Lisboa: Almedina, 1996. v. 8.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1963. t. 5.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo.* 10. ed. Madrid: Tecnos, 1965. v. 1.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Relações jurídicas de direito administrativo. In: *Textos selecionados de administração pública*: direito administrativo. 2. ed. São Paulo: FGV Editora, 1962.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIÚZA, César. *Direito civil completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1979.

_____. *Curso de derecho administrativo*. 13. ed., v. 1, e 10. ed., v. 2. Madrid: Civitas, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. 1.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1939.

LYON, David. *Pós-modernidade*. São Paulo: Editora Paulus, 1998.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários á Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. v. 1 e 2.

_____. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1975.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROMANO, Santi. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: CEDAM, 1930. v. 1.

_____. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Montevideo: Martin Bianchi Altuna.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Athènes, 1954. (Collection de l' Institut Français d' Athénes, 82).

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 1.

WEIL, Paul. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 3. ed. Paris: Editora Sirey, 1962.